



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

JÚLIO AUGUSTO SOUZA

**REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA:
INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA NOS
CRIMES DE TRÁFICO**

Brasília
2010

JÚLIO AUGUSTO SOUZA

**REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA:
INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA NOS
CRIMES DE TRÁFICO**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UnICEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Penal/Processo Penal aplicado aos Tribunais Superiores.

Orientador: Humberto Fernandes

Brasília
2010

JÚLIO AUGUSTO SOUZA

**REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA:
INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA NOS
CRIMES DE TRÁFICO**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação Lato Sensu. em Penal/Processo Penal aplicado aos Tribunais Superiores.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes

Brasília, ____ de _____ de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

“Da observação da irreducibilidade das crenças últimas extraí a maior lição de minha vida. Aprendi a respeitar as ideias alheias, a deter-me diante do segredo de cada consciência, a compreender antes de discutir, a discutir antes de condenar. E porque estou com disposição para as confissões, faço mais uma ainda, talvez supérflua: detesto os fanáticos com todas as minhas forças”.

(Norberto Bobbio. Prefácio. In: Itália civile. Manduria-Bari-Perugia: Lacaita, 1964. p. 7-8)

RESUMO

A presente monografia examina se a norma inserta no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), especificamente no que se refere à vedação de concessão de liberdade provisória aos agentes presos em flagrante da prática dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 dessa Lei, se adequou às exigências materiais da Constituição Federal. Para tanto, são expostas, inicialmente, a natureza e estrutura dos princípios constitucionais da não-culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, os quais se chocam com a cláusula obstativa da liberdade. Idêntica exposição é feita quanto aos princípios constitucionais da proporcionalidade, em sua tríplice vertente, da razoabilidade e do mínimo existencial, que constituem critérios para elucidação dos valores que devem prevalecer na hipótese. Etapa seguinte é analisada a disciplina própria de cada uma das hipóteses de prisão provisória com vistas à compreensão do mecanismo processual dentro do qual a prisão em flagrante se insere e sua íntima relação com a liberdade provisória. Finalmente, são examinados diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em que o sentido e a extensão da cautelaridade na prisão preventiva e na liberdade provisória têm sido enfrentados, abordando especialmente os ângulos em que a matéria tem sido apreciada e as controvérsias ainda existentes. Conclui-se que as prisões provisórias, qualquer momento em que sejam efetuadas, desde que antes de uma condenação definitiva, guardam em comum a marca da cautelaridade, que se expressa no binômio *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Desse modo, é inconstitucional a vedação, em abstrato, da concessão de liberdade provisória aos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei nº Lei nº 11.343/06, por não permitir a apreciação judicial de sua razoabilidade, necessidade e adequação.

Palavras-chave: DIREITOS FUNDAMENTAIS; PRISÕES PROVISÓRIAS; LIBERDADE PROVISÓRIA; ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/06; INCONSTITUCIONALIDADE

ABSTRACT

This monograph examines whether the standard inserted in Article 44 of Law No. 11.343/06 (Drug Law), specifically with regard to the prohibition of bail to agents caught in the act of the crimes provided for in Article 33, caput and § 1 and 34 to 37 of that Act, is compatible with the material requirements of the Federal Constitution. For this, we expose, initially, the nature and structure of the constitutional principles of non-culpability and human dignity, which collide with the standard prohibiting freedom. A similar exposition is made as to the constitutional principles of proportionality, in its triple aspect, and the reasonableness of the existential minimum, which are criteria for elucidation of the values that should prevail in the event. Next we analyze, in its own, each of the hypotheses for provisional arrest with a view to understanding the procedural mechanism within which the arrest takes place and in striking its close relationship with the bail. Finally, we examined several decisions by the Supreme Court and the Superior Court on the direction and extent of precaution on probation and parole have been addressed, dealing especially with the angles at which the matter has been examined and controversies still existing. We conclude that provisional arrests, any time they are made, provided that before a final conviction in the common store brand of precaution, which is expressed in the *fumus commissi delicti* and *periculum libertatis*. Thus, the prohibition of granting of bail for crimes under Articles 33, first sentence and § 1 and 34 to 37 of Law No. Law No. 11.343/06, is unconstitutional in abstract because it does not allow for judicial review of its reasonableness, necessity and appropriateness.

Key words: FUNDAMENTAL RIGHTS; PROVISIONAL PRISONS; BAIL; ARTICLE 44 OF LAW NO. 11.343/06; UNCONSTITUTIONALITY

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	09
1.1 Aspectos Gerais	09
1.2 Dimensões Dos Diretos Fundamentais	11
2 PRINCIPAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA RESTRICÇÃO LEGAL DA LIBERDADE DE IR E VIR	16
2.1 O Princípio da Proporcionalidade	16
2.1.1 Adequação	19
2.1.2 Necessidade	20
2.1.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito	21
2.2 Razoabilidade	22
2.3 A Dignidade da Pessoa Humana	26
2.4 Princípio da Não-Culpabilidade	29
2.5 O Mínimo Existencial	32
3 PRISÕES PROVISÓRIAS	36
3.1 Prisão em Flagrante	37
3.1.1 Classificação da Prisão em Flagrante	38
3.2 Prisão Preventiva	39
3.2.1 Pressupostos, Fundamentos e Condições de Admissibilidade	40
3.3 Prisão Temporária	46
3.4 Prisão Decretada na Pronúncia	48
3.5 Prisão Decretada na Sentença Condenatória	49
4 REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA	51
4.1 Espécies de Liberdade Provisória	53
4.2 A Fiança como Cautela	55
5 VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA PREVISTA NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06	59
5.1 Aspectos Gerais	59
5.2 Tese Favorável à Validade da Vedação à Liberdade Provisória	61
5.3 Tese pela Invalidade da Vedação à Liberdade Provisória	66
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende examinar se a regra contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), especificamente no que se refere à vedação de concessão de liberdade provisória aos agentes presos em flagrante da prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 dessa Lei, se adequou às exigências materiais da Constituição Federal.

Para responder a essa questão é necessária a exposição sobre a natureza e estrutura dos princípios constitucionais que se entrecroçam com a cláusula obstativa da liberdade, o que foi feito no primeiro capítulo, além daqueles que constituem critérios para elucidação dos valores que devem prevalecer na hipótese, tema esse explorado no segundo capítulo.

Revelou-se necessária também a exposição, no terceiro capítulo, sobre a disciplina própria de cada uma das hipóteses de prisão provisória, pois sem esse conhecimento não se pode compreender o mecanismo processual do qual a prisão em flagrante e a liberdade provisória fazem parte.

Finalmente, foram examinados julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em que os temas da prisão preventiva e da liberdade provisória foram enfrentados. O objetivo é conhecer os ângulos em que a matéria tem sido examinada e como tem sido resolvida pela jurisprudência.

O tema em destaque é de grande importância teórica, pois desafia o conhecimento sobre os limites de intervenção do Estado na persecução criminal dentro de uma hipótese bem delimitada, limites estes que acabam por revelar em que medida devem ceder passo à pretensão dos indivíduos à garantia da proteção à liberdade de ir e vir.

Não menos importante é a dimensão social da vedação legal peremptória à liberdade provisória. Isso porque, a recorrência de flagrante dos delitos de tráfico coloca juízes cotidianamente diante da impossibilidade de examinar a conveniência de soltura de indivíduos presos sob acusação de graves crimes, sem que se mostre presente qualquer fundamento específico, que não seja a própria imputação da prática delituosa, para a manutenção da segregação cautelar.

Relevante também são as manifestações do Supremo Tribunal Federal, que tem se mostrado vacilante diante da vedação legal integral de concessão da liberdade provisória baseada tão-só na figura abstrata dos crimes de tráfico enumerados no aludido artigo 44. Nesta esfera máxima da Justiça brasileira, ganhou renovado colorido a discussão, diante da nova redação conferida ao artigo 2º da Lei dos crimes hediondos, que trata especificamente do crime tráfico de entorpecentes, a qual não traz mais a vedação à concessão de liberdade provisória no seu inciso II, restando apenas o impedimento ao deferimento de fiança.

Ao final do presente trabalho pretende-se responder à indagação sobre a compatibilidade do referido dispositivo da Lei de Drogas com os princípios constitucionais protetivos das liberdades públicas, bem como se a vedação em tela não ofende, em última instância, o poder constitucional atribuído aos juízes de examinar, diante dos aspectos fáticos do caso concreto e mediante a utilização dos critérios também constitucionais de ponderação, sobre a conveniência da manutenção de uma privação sumária da liberdade.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A discussão acerca da aplicação efetiva do direito à liberdade de ir e vir, ainda que inserida nos meandros da aplicação de normas processuais penais, perpassa inevitavelmente a exposição acerca de aspectos da teoria dos direitos fundamentais, para que se possa compreender sua importância histórica, sua estrutura e, portanto, seus limites mínimos de aplicabilidade. É que se passa a fazer.

1.1 ASPECTOS GERAIS

Os direitos fundamentais constituem cláusulas principiológicas que impõem ao Estado fiel observância e amparo irrestrito como forma de manifestação de liberdades públicas dos indivíduos. São legítimas prerrogativas impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado e que, em um dado momento resultante da evolução histórica, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando-os uma convivência digna, livre e isonômica (BONAVIDES, 2008).

São direitos subjetivos públicos, que exprimem situação de vantagem frente ao Estado. São, pois, liberdades públicas edificadoras não só de impedimentos ou limites à autoridade, mas também de deveres ou compromissos positivos determinantes para os Poderes Públicos e de definição do programa mínimo de ação de governo nas esferas de proteção da vida, do patrimônio, da segurança, entre outras (BONAVIDES, 2008).

Importante destacar a distinção entre o conceito de direitos fundamentais e direitos humanos, pois estes últimos são oriundos da própria natureza humana, reconhecidos por

documentos internacionais, independentemente de qualquer vinculação do indivíduo com uma dada ordem constitucional, e possuem caráter inviolável, intemporal e universal, sendo válidos, portanto, em todos os lugares e para todos os povos; ao passo que os primeiros são aqueles institucionalizados e amparados objetivamente em determinada ordem jurídica concreta, são espacial e temporariamente delimitados, tendo sido positivados dentro de um Estado soberano (SILVA, 2003).

Outra distinção que a doutrina faz é aquela entre direitos fundamentais e garantias fundamentais. As garantias representam instrumentos de realização dos direitos dos cidadãos, possibilitam exigir-se dos Poderes Públicos a proteção desses direitos. Os direitos fundamentais estabelecem uma posição de vantagem frente ao Estado, são cláusulas que representam a própria posição jurídica reconhecida. É de uso corrente, nesse sentido, a velha suma de Ruy Barbosa, citada pelos constitucionalistas, de que os direitos são declaratórios e as garantias são assecuratórias (SILVA, 2003).

A doutrina comumente atribui a origem dos direitos fundamentais a documentos históricos ingleses, tais como a *Magna Carta* de 1215 (de maior expressão), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Todavia, não é essa a melhor conclusão, conforme assevera José Afonso da Silva:

Não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa.

[...]

A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas na América.

[...]

Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia

do Parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem.

[...]

A Declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, mais ‘universalizante’ [...] É, por isso, o documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos dos séculos XIX e XX...” (SILVA, 2003, p. 151-158).

As principais características dos direitos fundamentais são seu aspecto histórico ou evolutivo, o caráter universal, a marca da inalienabilidade e da imprescritibilidade, bem como o traço da relatividade, pois não ultrapassam os limites da proporcionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais expressam para os Poderes Públicos compromissos de diferentes ordens, por vezes albergando liberdades negativas aos cidadãos, em outras garantindo-lhes prestações positivas e até mesmo de alcance coletivo. A constatação dessas distintas feições entre os deveres primordiais impostos ao Estado motivou a doutrina à classificação desses preceitos fundamentais em três dimensões, que comumente se associam ao célebre lema da revolução francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Para essa classificação, segundo Jairo Schäfer (2005), três elementos são essenciais: relação Estado x cidadão; b) concepção política do Estado; c) espécie de direito em relação à amplitude, se individual, coletivo ou difuso. O elemento de preponderância é o que divide os direitos fundamentais entre as distintas dimensões, pois os de primeira dimensão

exigem um não-agir do Estado (liberdade negativa), os de segunda dimensão impõem uma prestação dos Poderes Públicos (liberdade positiva) e a nota distintiva daqueles de terceira dimensão é o caráter difuso, inexistente nas anteriores. Portanto, são estruturalmente distintas as três formas de manifestação.

a) Primeira dimensão - Os direitos de primeira dimensão são direitos civis e políticos ligados a liberdades clássicas, negativas ou formais. Surgiram no final do século XVIII e refletem as idéias liberais e individualistas que predominavam nessa época.

Estabelecem limites à atuação do soberano e preservam círculos privados de intangibilidade, consubstanciando um remédio eficaz na defesa da liberdade do indivíduo, pois se caracterizam como instrumentos a assegurarem a não ingerência arbitrária dos Poderes Públicos na esfera privada do indivíduo na medida em que submetem o soberano ao império da Lei ao controle por outras esferas de Poder.

Tais direitos impõem restrições à atuação do Estado em prol da esfera de liberdade do indivíduo, impondo um não-fazer ao Estado, razão pela qual são denominados de liberdades negativas ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado. Expressam o ideal de autonomia pessoal e ligam-se aos valores de liberdade, segurança e propriedade.

Os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de primeira dimensão são os seguintes: fundam-se sobre a idéia de liberdade; exprime um compromisso de natureza omissiva por parte do Estado, o qual é o principal destinatário de sua eficácia vinculativa; dirige-se aos cidadãos de forma individual e corresponde a uma concepção política de Estado liberal (SCHÄFER, 2005).

b) Segunda dimensão - Os direitos de segunda geração expressam a idéia de igualdade material na medida em que estabelecem um dever de agir por parte do Estado em prol da promoção de serviços públicos a quem deles necessita. Estipulam, assim, liberdades positivas, englobando direitos econômicos, sociais e culturais.

Hauridos das legítimas reivindicações e justificáveis anseios dos movimentos sociais existentes no século XIX, os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram a partir da evidente experiência de que apenas as liberdades negativas eram insuficientes a definir um Estado Soberano que correspondesse à realidade da desigualdade da vida. “O florescer da segunda ‘dimensão’ dos direitos fundamentais sinaliza a gradual passagem do Estado Liberal, de cunho marcadamente individualista, para o Estado Social de Direito, introduzido no século XX.” (PINTO, 2009, p. 131).

Referidos direitos qualificam a ideia de liberdade e decorrem da constatação de que a igualdade não se caracteriza pelo tratamento jurídico uniforme, senão pelo tratamento proporcional e compensatório entre as várias pessoas em suas desigualdades, fazendo surgir o ideário de Estado de Bem Estar Social, o que exprime o compromisso com a função social e reafirma a importância do direito como instrumento humano de coesão social que tem por finalidade o bem comum na justa medida do pleno desenvolvimento das potencialidades humanas. Nesse sentido:

As intervenções estatais em defesa dos mais fracos, sobretudo no capo das relações econômicas, muitas vezes não constituem restrições à autonomia privada, mas promoção da mesma, já que visam corrigir desvios decorrentes da falta de liberdade real da parte hipossuficiente em relações faticamente assimétricas (SARMENTO, 2006, p. 326).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão correspondem, portanto, aos direitos de participação, exigindo-se dos Poderes Públicos uma

atuação positiva consubstanciada em uma implementação de políticas e serviços públicos.

Tais direitos exigem uma postura positiva do Estado na realização da justiça social, com vistas a substituir-se a igualdade e liberdade abstratas pela igualdade e liberdade concretas.

[...] São, na verdade, direitos fundamentais sociais, destinados à proteção do hipossuficiente econômico, parte indubitavelmente mais fraca no teatro social, o que nos revela que os direitos em tela expressam o intervencionismo estatal na defesa da parte mais vulnerável, compensando desigualdades e rechaçando distorções inevitáveis no modelo capitalista (PINTO, 2009, p. 131).

Os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de segunda dimensão são os seguintes: fundam-se sobre a idéia de igualdade; exprime um compromisso de natureza promocional por parte do Estado, o qual é o principal destinatário de sua eficácia vinculativa; dirige-se aos cidadãos de forma individual, com marcante traço de homogeneidade; e corresponde a uma concepção política de Estado Social (SCHÄFER, 2005).

c) Terceira dimensão - Os direitos de terceira dimensão primam pelo ideal de solidariedade ou fraternidade e destinam-se não ao homem isoladamente considerado, mas à coletividade ou a todas as formações sociais. Expressam, assim, os direitos à saúde, ao meio ambiente, à paz, ao progresso, à educação pública de qualidade, à defesa do consumidor, do idoso, do deficiente físico, da infância e da juventude.

Os direitos de terceira dimensão decorrem da necessidade de um novo modelo jurídico normativo que corresponda à complexidade das relações intersubjetivas decorrente do pluralismo e das contradições da sociedade contemporânea, tendo em conta a deficiência marcante da teoria tradicional dos direitos fundamentais para responder às difíceis demandas de massa, pois fundado em um paradigma exclusivamente individualista.

Esses novos direitos relevam o caráter difuso de algumas relações sociais, nas quais é de menor importância ou mesmo impossível a determinação específica das titularidades das pretensões. A efetivação desses direitos exige uma visão marcadamente solidária e se manifesta sob a forma de uma ação ou de uma omissão por parte do Poder Público.

Os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de terceira dimensão são os seguintes: fundam-se sobre a idéia de fraternidade; exprime um compromisso de natureza complexa por parte do Estado (omissiva e promocional), sendo destinatários de sua eficácia vinculativa também os particulares; dirige-se aos cidadãos de forma coletiva; e corresponde a uma concepção política de Estado Social (SCHÄFER, 2005).

Ao final deste capítulo introdutório, é possível perceber a relevância dos direitos fundamentais enquanto cláusulas compromissórias dos Poderes Públicos de profundo significado limitativo das ações do Estado, bem como de seus programas de promoção da liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse espaço inicial, optou-se ainda por conferir destaque ao aspecto evolutivo das referidas liberdades públicas, com exame mais detido sobre as características próprias de cada uma das três dimensões por meio das quais eles se apresentam.

Assim, descritos os aspectos que revelam a importância histórica dos direitos fundamentais a permitirem a compreensão da insuperável pertinência no trato das questões concernentes à intervenção do Estado sobre os direitos individuais, se passará ao exame individualizado dos principais direitos fundamentais envolvidos no que se refere à restrição do direito de ir e vir.

2. PRINCIPAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA RESTRIÇÃO LEGAL DA LIBERDADE DE IR E VIR

O presente capítulo pretende analisar abstratamente os princípios e critérios de verificação da validade das normas restritivas dos direitos fundamentais, notadamente quando a persecução penal exige a imposição da restrição provisória à liberdade individual de ir e vir.

Embora em alguma dimensão sempre se possa encontrar outros princípios constitucionais que teriam incidência no que se refere aos temas da prisão em flagrante e da liberdade provisória, decidiu-se por examinar aqueles que forneceriam parâmetros tanto quanto precisos sobre os limites à restrição, precária e sumária, da liberdade de ir e vir.

2.1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O conceito de proporcionalidade expressa a idéia de equilíbrio, ponderação, limites, e é intuitivo concluir que ela estava contida no próprio surgimento dos direitos fundamentais, pois eles tiveram origem a partir da concepção de que os Poderes do Estado deveriam ser limitados e sempre exercidos na justa medida da necessidade de uma função pública. Conforme explana Luís Roberto Barroso:

O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII (BARROS, 2003, p. 37).

Embora não haja um termo claro de nascimento da proporcionalidade enquanto concepção teórica de princípio constitucional, foi no Direito Alemão que ele ganhou desenvolvimento mais destacado, sendo, segundo Paulo Bonavides (2008), em 1955, a aparição da primeira obra clássica de sistematização, de autoria de Rupprecht Von Krauss, intitulada *O Princípio da Proporcionalidade*. Seja como for, a idéia de proporcionalidade surgiu com a compreensão da necessidade de limites aos Poderes do Estado, identificando-se desde sempre com a concepção de proibição de excesso. O pensamento doutrinário conflui nesse sentido:

O desenvolvimento mais recente, também o mais destacado, da proporcionalidade, no entanto, está no Direito Alemão, cujo Tribunal Federal Constitucional se notabilizou por ter, inclusive, difundido a submissão dos atos do Poder Público aos seus subprincípios, aspectos, elementos ou requisitos intrínsecos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BRAGA, 2004, p. 74).

A mesma autora sumaria:

A proporcionalidade se constitui numa real barreira a eventuais arbitrariedades dos agentes públicos, pois o alvedrio destes fica, de certa forma, limitado, tendo em vista que eles não podem exceder as fronteiras dos princípios constitucionais (2004, p. 74).

Paulo Bonavides (2008, p. 399-400) é ainda mais incisivo:

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido [...] Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito.

Evoca-se ainda a doutrina de Suzana de Toledo Barros (2003, p. 75), que destaca a ausência de univocidade do termo:

A expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional.”.

De fato, a compreensão atual que se tem acerca da matéria permitiu aos doutrinadores decompô-la em três subprincípios - adequação, necessidade e proporcionalidade - tornando mais precisa e criteriosa a aferição, em cada caso, da liberdade de conformação do legislador. Tornou também mais denso e útil o conceito que se tem sobre o princípio da proporcionalidade, conferindo-lhe estrutura própria e funcionalidade.

Fábio Roque da Silva Araújo (2009, p. 54-55), em sintonia com o posicionamento dos autores constitucionalistas, adverte para a observância da forma de aferição do princípio:

O juízo de proporcionalidade é realizado de acordo com um critério trifásico. Assim, para se aferir a proporcionalidade do meio empregado em relação ao fim colimado, relevante que se atente para a adequação (ou idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito da medida [...] Relevante destacar que os elementos apontados não de ser aferidos na ordem lógica em que apresentados, ou seja, faz-se um juízo acerca da adequação da medida, para, posteriormente, apreciar-se a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. À vista disto, fácil concluir não ser imprescindível a apreciação dos três elementos da proporcionalidade em toda e qualquer circunstância. Isto porque apenas se legitimará a análise da necessidade da medida, acaso aferida a sua adequação; e, apenas se constatada sua necessidade, se fará o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

2.1.1. ADEQUAÇÃO

Adequação é a aptidão da norma para alcançar o resultado pretendido. É a propriedade, a idoneidade, a capacidade de produzir o fim almejado. Serão constitucionais apenas as intervenções consentâneas com os propósitos almejados, devendo-se aferir, pois, se há congruência na relação meio e fim. A proporcionalidade identifica-se, aqui, com a necessidade de contribuição, de fomento da norma para o desiderato indicado (BRAGA, 2004).

Eis, portanto, o primeiro critério a ser observado na elaboração da Lei, qual seja, a relação de causalidade entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina. Pode-se ilustrar a inconstitucionalidade da norma, por este critério, que obrigue o comparecimento do acusado para o interrogatório, quando se sabe que a autodefesa é facultativa, de modo que ele pode não prestar colaboração alguma, mesmo preso.

Em síntese, deve-se indagar se a intervenção é vocacionada ao objetivo final.

Veja-se que a análise deve obediência ao seu caráter restritivo, em ordem a apenas atingir as normas que não tenham o condão de contribuir para o seu objetivo. Destarte, não se deve descer ao exame sobre o alcance positivo da sua eficácia, sob pena de se ultrapassar o critério da compatibilidade constitucional e adentrar-se à própria escolha de conveniência, o que significaria indevido exame do mérito do ato. Em suma, a perspectiva deve ser sempre negativa.

2.1.2. NECESSIDADE

O sub-princípio da necessidade expressa o componente de indispensabilidade que a norma restritiva de direitos deve trazer consigo. É a exigibilidade de que a intervenção se faça.

Significa também a edição da Lei menos gravosa, menos nociva, que implique menor ingerência aos direitos fundamentais, ou seja, que o meio empregado deve distinguir-se entre outros possíveis por ser o de menor desvantagem, aquele que menos prejudique os direitos individuais. Sumaria Fábio Roque da Silva Araújo:

Sendo certo que o exame da proporcionalidade objetiva limitar a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, é relevante salientar que a necessidade implica a adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão (ARAÚJO, 2009, p. 58).

O que se exprime aqui é a mínima intervenção possível. A norma ou ato restritivos das liberdades públicas somente devem ser elaborados se forem necessários e, verificada a exigência, deve-se optar pela via menos gravosa, devendo-se considerar ainda elementos de duração da medida e o modo de sua implementação. Conforme destaca Valeschka e Silva Braga:

Canotilho aponta quatro vertentes para esse elemento: a exigibilidade material (indispensabilidade da restrição), a especial (limitação do âmbito interventivo), a temporal (temporiedade da restrição, que não pode se perpetuar no tempo) e a pessoal (tentativa de restringir ao mínimo o número de indivíduos cujos interesses serão sacrificados) (BRAGA, 2004, p. 88).

Pode-se citar, como exemplo, a privação da liberdade de locomoção da pessoa investigada por crime além do tempo necessário à obtenção das informações que ele ameaçava destruir.

É interessante observar que a característica em pauta identifica-se com a concepção originária do conceito de proporcionalidade. É ainda um critério seletivo, pois implica o cotejo entre os meios adequados com vistas a se definir o menos prejudicial aos direitos dos cidadãos. Em uma palavra, a intervenção adequada dever ser suficiente. Rober Alexy equaciona a operação da seguinte forma:

Esse princípio pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem P1, escolher aquele que menos intensamente intervém em P2. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custas para a outra. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, todavia, que não existe um terceiro princípio P3 que, pelo emprego do meio menos intensivamente interveniente em P2, é afetado negativamente. (ALEXY, 2005, p. 339).

O exemplo a ser citado é a imposição antecipada da restrição corporal, com substantiva identidade com a pena definitiva, quando, no caso concreto, houver outros meios menos gravosos de acautelamento dos fins processo.

2.1.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Se o exame de adequação passa pela conjugação, sob a perspectiva fática, dos fatores causa e efeito, a análise da proporcionalidade em sentido estrito representa a operação teórica entre custo e benefício.

É o mandamento de ponderação de interesses, representando a otimização dos direitos fundamentais relativamente às possibilidades jurídicas, e sob esse aspecto Alexy é

repetido pelos diversos autores ao destacar que apenas esta terceira e última análise é feita no plano jurídico, ao passo que as duas primeiras são verificadas diante das possibilidades fáticas.

A proporcionalidade em sentido estrito implica o máximo benefício com o mínimo de sacrifício. “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” (ALEXY, 2005, p. 339).

Significa dizer que a restrição a um direito fundamental deve ser compensada pela vantagem obtida pela prevalência de outro direito.

Pode-se explicitar este elemento da proporcionalidade sob a seguinte assertiva: somente é constitucional a restrição ao direito fundamental que prestigie outro superior.

O terceiro sub-princípio é sintetizado pela idéia de ponderação, de equilíbrio, por meio dele há uma verificação da distribuição de ônus na busca da justa medida.

2.2. RAZOABILIDADE

Embora amiúde se encontre a utilização do termo razoabilidade como sinônimo da ideia de proporcionalidade e mesmo considerando que ambos expressam critérios de aferição da constitucionalidade de intervenções estatais sobre os direitos fundamentais, não há identidades entre os conceitos (BRAGA, 2004).

Originalmente, o conceito de devido processo legal (*due process of law*) constituía uma barreira de proteção aos excessos do Estado, significando um avanço em direção ao Estado de Direito, pois impunha formas e condicionamentos a serem necessariamente

obedecidos na prestação jurisdicional, tais como o contraditório, a igualdade entre as partes e o juiz natural (BARROSO, 2004).

Todavia, com tempo, a cláusula protetiva revelou-se insuficiente, pois se prestava ao controle das intervenções do Estado apenas sob o aspecto formal. Por conta disso, ganhou uma dimensão material, substantiva e passou a limitá-las também em seu conteúdo (BARROSO, 2004).

Esse entendimento de que aos juízes poderia ser depositado maior poder de controle nos negócios do Governo derivou da desconfiança que, nos Estados Unidos da América, sempre se teve a respeito da posição de destaque que, na Europa, continental mereceu o parlamento. Portanto, a partir do século XIX, até meados da década de 30 quando a operacionalização do *new deal* exigiu maior flexibilidade das decisões da Suprema Corte Americana para se adaptar às contingências de ordem econômica derivadas da crise da quebra da bolsa em 1929, prevaleceu a perspectiva de controle sobre o intervencionismo estatal pelos juízes, tendo em vista o pensamento liberal de que o Estado deveria intervir o mínimo possível na esfera de liberdade dos indivíduos (*laissez faire*), deixando preponderar a auto-regulamentação da economia. Na década de 50, renasceu com toda força a dimensão substantiva do devido processo legal (BARROSO, 2004).

Em suma, conforme concluir a doutrina:

O fato é que foi a evolução do *due process of Law* à garantia substantiva que autorizou a Suprema Corte Americana a examinar a *reasonableness* (razoabilidade) e a *rationality* (racionalidade) das leis e dos atos emanados do Poder Público, propiciando, por consequência, uma maior sindicabilidade dos critérios discricionários escolhidos pelos poderes estatais. (BRAGA, 2004, p. 43).

Disseminou-se pelos demais ordenamentos jurídicos, chegando ao Brasil, o conceito de razoabilidade como critério de aferição da conformação das Leis e atos do Poder Público à Constituição Federal.

Razoável é aquilo não contraria a razão, é aceitável. O coeficiente de aceitabilidade pode ser apreendido sob dois aspectos. O primeiro diz daquilo que não contraria a razão instrumental, a adequação entre a medida tomada e o fim pretendido. O segundo identifica-se com o grau de satisfação do interesse público, podendo se considerar irrazoável sob este aspecto, v. g., leis elaboradas com o nítido propósito de favorecer os interesses dos próprios parlamentares.

Não é fácil apreender-se o sentido exato do substantive due process, até porque este teve sua abertura mantida, aparentemente, de forma proposital, para que se adaptasse às mutáveis circunstâncias da vida em sociedade. Assim, sua aplicação depende do sentimento dominante em determinada época e lugar, não podendo ser o conceito aprisionado, para que não perca a sua elasticidade. (BRAGA, 2004, p. 41).

Veja-se a impressão de Luiz Roberto Barroso (2004, p. 224) sobre o conceito:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

O autor não se contenta com essa síntese geral e incursiona em direção aos critérios de aferição da razoabilidade, concluindo, ao final, ser necessária a presença, na norma

ou no ator de intervenção do Estado, de duas características que permitem expurgar aquelas que desbordam os limites da discricionariedade ou da sua liberdade de conformação. Assevera:

Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meio e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida [...] De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente.” (BARROSO, 2004, p. 226).

Valeschka e Silva Braga é autora de interessante obra na qual investiga as origens, os fundamentos e as estruturas dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando em consideração a história, as decisões judiciais dos países em que surgiram, bem como a impressão da doutrina nacional, tudo com o fim de traçar as claras diferenças entre ambos e, ao final de seu livro, destaca seis critérios distintivos. São eles:

a) origem – enquanto a razoabilidade surgiu na América do Norte a partir do direito administrativo, sob a crença de um judiciário forte, a proporcionalidade nasceu na Europa pelos estudos de direito penal, sob a perspectiva da segurança derivada da existência de um Parlamento e de Leis;

b) fundamento – a razoabilidade funda-se no devido processo legal substancial, ao passo que a proporcionalidade é imanente ao próprio sentido de Estado de Direito;

c) conteúdo - a proporcionalidade é mais abrangente do que a razoabilidade, pois não se limita a critério interpretativo da racionalidade de uma medida estatal, servindo à otimização dos direitos fundamentais quando em rota de colisão;

d) estrutura – a razoabilidade compreende os conceitos de logicidade e de aceitabilidade, enquanto a proporcionalidade é composta pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;

e) objetividade – a proporcionalidade dispõe de conteúdo mais definido e estável, ao passo que a razoabilidade identifica-se com o senso comum do que é admissível, que é mais variável e subjetivo; e

f) funções – na razoabilidade há franca predominância do controle dos atos emanados do Poder Público, enquanto na proporcionalidade se avalia a conformação de qualquer ato, até mesmo particular, aos limites das cláusulas constitucionais do Estado de Direito (BRAGA, 2004).

Em resumo, o princípio constitucional da proporcionalidade se distingue do princípio da razoabilidade quanto às origens, fundamento, conteúdo, estrutura, objetividade e funções. Ambos, todavia, se assemelham na medida em que constituem mecanismos de aferição da compatibilidade material dos atos do Poder Público com a Constituição Federal, permitindo examinar se essas intervenções se revelam adequadas, necessárias, razoáveis, racionais e se guardam como objetivo possibilitar a implementação, de maneira ótima, dos valores e fins albergados pela Carta Magna, ou seja, com a maior eficácia possível sem anular a eficácia de outros preceitos igualmente constitucionais.

2.3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A consciência jurídica da condição humana da qual toda pessoa física ostenta e de que esta condição deve ser considerada e respeitada em toda relação de direito ganhou nova

dimensão com a ascensão do pós-positivismo¹. A partir de então, qualquer teoria sobre direitos fundamentais deve ser construída sobre o pilar da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a constatação elementar de que o homem é a razão de todas as coisas. Conforme sumaria Tiago André Pierobom de Ávila (2007, p. 33) “A história da dignidade humana, em última análise, é a história da afirmação dos próprios direitos fundamentais.”

Tal qual a constatação da característica imanente da proporcionalidade nas relações jurídicas, a dignidade da pessoa humana perpassa qualquer incidência normativa, ainda que na maior parte das vezes não seja perceptível, em razão da mínima intercessão do objeto jurídico em causa com o núcleo de projeção da personalidade. Em virtude da ausência de hipóteses delimitáveis da aplicabilidade da dignidade da pessoa humana, diz-se tratar-se de um sobre-princípio, considerando-se que sua invocação tem pertinência, em alguma medida, sempre que a diminuição da esfera de projeção dos atributos da pessoa, em qualquer seara jurídica, aproxime-se de um ponto mínimo de comprometimento da sua própria condição humana. No mesmo sentido observa a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Como princípio constitucional, a dignidade humana gera obrigações que se espraiam em todos os subsistemas que compõem a estrutura jurídica de um Estado ou de uma sociedade democrática. Obriga ele a inação (de práticas que o contrariem) tanto quanto obriga as ações (de comportamentos que o dotem de densidade e concretude) (ROCHA, 2005, p. 441).

Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a Miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado (SARMENTO, 2000, p. 50-60).

¹ Sistema jurídico que vem se sobrepondo à tradicional concepção positivista do Direito em que o disciplinamento e resolução de questões jurídicas ocorrem sob uma inspiração legalista e cartesiana. Nesse novo sistema há uma reaproximação do Direito com os conceitos de valor e ética, além da mudança de concepção a partir da teoria dos direitos fundamentais e da normatividade dos princípios. Finalmente, nesse novo sistema que vem se consolidando ganham destaques também os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade (BARROSO, 2004).

Há ainda que se destacar a dignidade humana como guia da ponderação de interesses:

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais não são absolutos, mas limitam-se reciprocamente pelo princípio da proporcionalidade. Sendo a dignidade humana a condensação da idéia primordial dos direitos fundamentais, pode ocorrer que, em um caso concreto, um direito fundamental tenha que ceder espaço para a afirmação de outro. Contudo, o critério para a fixação da relação de precedência entre os princípios em colisão deve ser guiado pela afirmação última da dignidade humana (ÁVILA, 2007, p. 43).

Não se pode deixar de citar ainda o conceito traçado por Alexandre de Moraes (2003, p. 50) sobre o tema:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O respeito à dignidade da pessoa humana impede que ela seja, em qualquer situação, aproximada à idéia de coisa. Essa concepção tem destacada importância, pois exprime a necessidade de sempre se observar os limites a partir dos quais a intervenção do Estado transforma as pessoas em aparente obstáculo ao cumprimento dos seus deveres, quando, em verdade, são elas as protagonistas de toda relação de direito. Qualquer decisão judicial, mormente na seara penal e processual penal, deve ponderar sobre a possibilidade inaceitável de transformar o ser humano em mero empecilho a ser superado para a obtenção de um resultado específico. Dessarte, ao contrário do que se diz amiúde, mesmo durante o inquérito policial, o indiciado ou suspeito não é mero objeto de investigação, conceito este que despe a pessoa de relevância

jurídica, mas um sujeito de direito resguardado por todas as notáveis garantias constitucionais².

Essa concepção tem ganhado espaço, gradativamente, na doutrina e na jurisprudência:

No âmbito dos inquéritos policiais e originários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito constitucional de defesa do investigado ou indiciado e a regular apuração de fatos e documentos que seja, motivadamente, imprescindíveis par ao desenvolvimento das ações persecutórias do Estado (MENDES, 2009, p. 04).

Em suma, seja qual for a situação em que a pessoa se encontre, tem o resguardo constitucional da manutenção de sua integridade, o que representa iniludível diminuição da eficácia dos instrumentos processuais.

2.4. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE

A Constituição Federal consagrou no artigo 5º, LVII, o princípio da não culpabilidade nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. A redação, por não tratar a inocência de forma positiva, se distingue daquelas empregadas em tratados internacionais anteriores.

Veja-se que a declaração dos direitos do Homem e do cidadão, de 1789, expressou o princípio da seguinte maneira no seu artigo 9º: “Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão.” E o Pacto de São José da Costa Rica assevera quanto ao tema no artigo 8º, 2. “: Toda pessoa acusada de delito

² Desto dessa concepção deve ser compreendida a súmula vinculante nº 14/STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. A fórmula brasileira se inspirou na Constituição italiana, que, por sua vez, sofreu decisiva influência de Enrico Ferri e Vincenzo Manzini (SCHEIBER, 2005, p. 02). Segundo eles, se não é possível presumir a culpa de uma pessoa antes do devido processo legal, também não é apropriado que se declare antecipadamente a presunção de sua inocência. Daí a formulação do texto de maneira a negar a presunção de culpa, mas sem firmar a presunção de inocência.

Na doutrina brasileira, o emprego do termo *presunção* para designar o adjetivo inocência também foi objeto de crítica (MIRABETE, 2003). Presunção é uma operação de raciocínio, uma inferência, uma intelecção que permite associar idéias, fatos ou dados. Dessa feita, a inocência, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não é uma presunção, senão um estado, uma condição, uma situação jurídica. O correto seria designar o princípio como estado de inocência.

Pois bem, as críticas não prevaleceram e o emprego da expressão presunção de inocência ganhou foros de jurisdição, equivalendo em sentido à expressão, menos utilizada, de presunção de não-culpabilidade. Simone Scheiber conclui no seguinte sentido:

No que tange à oposição (ou diferenciação) entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da não-culpabilidade, trata-se de discussão que não se resolve mediante interpretação literal ou recurso ao direito comparado. O significado do enunciado constitucional liga-se, com efeito, ao conceito de sistema punitivo construído partir de sua compatibilidade com um Estado democrático de direito como é (ou pretende ser) o da República Federativa do Brasil (SCHEIBER, 2005, p. 05).

A presunção de inocência de qualquer cidadão, enquanto princípio fundamental, revela-se, em última análise, como projeção específica da dignidade da pessoa humana no campo penal e processual penal, funcionando como escudo protetivo de pretensões arbitrárias de

satisfação da opinião pública por meio de aparente resoluções sumárias e precárias de fatos que repercutam na paz e harmonia do corpo social. Aparente porque a mera prisão imediata do suposto autor do crime pode conferir a impressão geral de esclarecimento da verdade dos fatos e sua definição jurídica.

O estado de inocência coloca ao Poder Público o dever de observância de duas regras específicas em relação ao indiciado ou acusado: o dever de provar o fato imputado e sua autoria, refutando as teses defensivas razoavelmente fundadas; e o dever de tratar o réu, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, como merecedor da condição de inocência. Conforme Fabbrini Mirabete:

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabe ao acusado comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (in *dúbio pro reo*) (MIRABETE, 2003, 42).

É de destacado interesse o princípio da não-culpabilidade como regra de tratamento. Se, de início, a redação constitucional suscitou alguma provocação por parte das defesas quanto à sua compatibilidade com as prisões processuais, hoje é certa a possibilidade do decreto prisional antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que a medida se revista exclusivamente de caráter cautelar. Não é outro o entendimento doutrinário:

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de ‘liberdade provisória’.

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial

devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e\ou da própria realização da jurisdição penal (OLIVEIRA, 2007a, p. 32).

O indiciado ou acusado é preso porque é necessária e urgente sua contenção e não com base em uma culpabilidade projetada.

2.5. O MÍNIMO EXISTENCIAL

Embora relativos, os direitos fundamentais não podem experimentar restrições que os nulifiquem. A liberdade de conformação do legislador e a prevalência do interesse público sobre o particular não têm o condão de extrapolar a reserva mínima de intangibilidade das liberdades públicas a ponto de invalidá-las. A esse núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais a doutrina nominou de mínimo existencial (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

Significa dizer que na ponderação entre direitos fundamentais em tensão ou na intervenção do Estado na esfera individual não se pode ceder a quem do espectro mínimo de integridade das garantias constitucionais fundamentais.

Esse núcleo essencial inatingível dos direitos fundamentais impõe a leitura sistemática do texto constitucional, em ordem a conferir-lhe sempre a feição de complexo harmônico e unitário de normas. No mesmo sentido adverte a doutrina:

Na verdade, as restrições somente são possíveis se atendidas a proporcionalidade e a razoabilidade, mas aquelas não poderão atingir o

núcleo essencial em qualquer hipótese. Assim, a relativização de direitos fundamentais somente pode ir até o seu limite mínimo.

[...]

É que, mesmo havendo previsão constitucional de lei regulamentadora de seu conteúdo, há que se preservar uma substância mínima, intocável, sem a qual o direito se torna inviável, deixando mesmo de existir.

A proporcionalidade, assim, estabelece certos limites, no caso concreto, à violação de um direito constitucionalmente protegido, cujo núcleo deve ser considerado inviolável.

[...]

O mínimo deve ser mantido. E o mínimo é o limite material absoluto chamado núcleo essencial. Desta forma, esse conteúdo mínimo de direitos não pode ser solapado, é um reduto inexpugnável, é o ‘limite dos limites’ (BRAGA, 2004, p. 142-143).

A constatação da acerca da inescapável intangibilidade do núcleo de cada um dos direitos fundamentais surge da evidência de que sem esse extrato, de caráter absoluto, não se poderia afirmar que referidos direitos são perenes, pois deixariam de existir circunstancialmente. É dizer, poderiam ser desconsiderados momentaneamente, sob sedutores argumentos de satisfação do interesse público. Portanto, a idéia de mínimo existencial acaba por constituir, no que se refere ao Poder Público, em competências negativas que traçam os contornos constitucionais máximos da possível intercessão na esfera dos cidadãos. Todavia, não é uníssona a concepção doutrinária sobre a rigidez desse núcleo, conforme observada Suzana de Toledo Barros:

A partir dessa conceituação, a doutrina diverge sobre a maleabilidade dos direitos fundamentais, havendo uma bipartição. Para a teoria relativa o exame sobre a possível ofensa aos referidos direitos ocorreria sempre no caso concreto, não seria viável se destacar uma hipótese abstrata de intangibilidade de cada uma das liberdades constitucionais. “O tamanho do conteúdo essencial só poderia ser mensurado em face de um conflito específico, ou seja, quando estivessem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente.” (BARROS, 2003, p. 103).

Na era do pós-positivismo, nenhum conceito que fixe balizas estáveis está imune ao acréscimo de variáveis.

Segundo a teoria absoluta, os direitos fundamentais dispõem de uma esfera flexível, ponderável, e outra inatingível mesmo se considerada abstratamente, formando-se, assim, círculos concêntricos, de modo que o interior forma o “limite do limite”. Dessa feita, a estrutura dos direitos fundamentais é dual e o núcleo constitui uma unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, está imune à liberdade de conformação do legislador (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

Esta é a melhor teoria a explicar a estrutura das cláusulas de liberdade constitucionais, pois exprime a idéia de que os referidos direitos têm, de antemão, uma parte dura, inalcançável. A teoria do núcleo flexível acaba por destruir a proteção dos direitos que a idéia de núcleo deveria assegurar e transige com a concepção dogmática desses mesmos núcleos. Em suma, o núcleo de todo e qualquer direito constitucional não pode ser submetido a nenhum processo de ponderação de valores, sob pena de esvaziar por completo sua própria existência.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade constituem preceitos não apenas reveladores de mecanismos para elucidação quando dispositivos constitucionais entram em rota de colisão, mas também fortes critérios de resolução da inescapável discussão sobre os limites a partir dos quais as diversas formas de interferências do Poder Público na vida dos cidadãos, por sua gravidade, desbordam dos limites aceitáveis, tornando-se excessivos e, portanto, ofensivos ao próprio conceito de Estado de Direito.

A dignidade da pessoa humana guarda o mais elevado valor não apenas enquanto manifestação da singularidade da condição humana de cada cidadão a ser considerada, em

alguma medida, em todas as relações jurídicas, mas também em virtude de sua importância como baliza inafastável na ponderação de interesses constitucionais.

O princípio da não-culpabilidade revela-se na seara penal e processual penal como manifestação específica da dignidade da pessoa humana, se exprimindo nos imperativos de ônus da prova por parte do órgão acusatório e de tratamento do indiciado/acusado condigno com sua condição de inocência.

O mínimo existencial constitui o limite inacessível à relativização dos direitos fundamentais, pois é a reserva central a revelar uma competência negativa para os Poderes Públicos, exprimindo, portanto, a idéia de que referidos direitos constitucionais, embora possam ter diminuído seu raio de incidência, dispõe de um núcleo duro abstratamente intangível.

A partir dos princípios constitucionais ora examinados que estabelecem limites aos instrumentos estatais da persecução penal, etapa seguinte se estudará a sistemática das prisões cautelares com vista a se compreender a quadra em que se localizam os institutos da prisão em flagrante e da liberdade provisória.

3. PRISÕES PROVISÓRIAS

Examinados os princípios que exprimem balizas de verificação da validade constitucional de normas ou atos públicos de intervenção nas liberdades individuais, passa-se agora ao estudo específico das várias espécies de prisões provisórias, o que permitirá se entender o contexto normativo em que a prisão em flagrante se insere, bem como os seus fins específicos, de modo a se poder compreender o ato judicial que examina esta prisão, concedendo ou não a liberdade provisória.

São cinco as prisões processuais penais previstas na legislação nacional, a saber: prisão em flagrante delito, prisão preventiva, prisão proferida na sentença condenatória, prisão proferida na pronúncia e prisão temporária. Elas são provisórias no sentido de serem precárias e sumárias, pois apoiadas em cognição não exauriente e exprimem uma necessidade imediata de privação da liberdade de ir e vir sem que o acusado ou indiciado tenha oportunidade de se manifestar antecipadamente sobre a medida.

Em razão dessa sumariedade, elas devem comungar o aspecto fundamental da cautelaridade, expressa sob os signos da necessidade e urgência. A avaliação acerca da presença desses elementos é de competência estrita do juiz, o que se aplica, como não poderia ser diferente, à prisão em flagrante, a qual, embora precedida da captura por qualquer pessoa e lavratura pela autoridade policial, está sujeita, por imperativo constitucional (art. 5º, LXII, LXV e LXVI), à apreciação judicial.

O denominador em comum da cautelaridade é expresso na Lei sob diferentes critérios, de disciplina complexa e, por vezes, quase inconciliáveis, mas sempre possibilitam ao

juiz ponderar, no caso concreto, sobre a prevalência entre o valor liberdade e os fins da persecução penal. A seguir serão examinadas as referidas espécies de prisões.

3.1. PRISÃO EM FLAGRANTE

Prisão em flagrante é aquela realizada por qualquer pessoa que se depare na presença da prática do crime. É a captura sumária do indigitado autor da infração penal. De acordo com a doutrina, ela deve dispor de duas características básicas: a atualidade, que consiste na contemporaneidade da captura à prática do delito, e a visibilidade, que é a apreensão dos fatos pelos sentidos (RANGEL, 2005).

Embora se encontre na doutrina inúmeros motivos para justificar a segregação sumária da liberdade por qualquer pessoa, além do óbvio imperativo de cessação da conduta delitiva, é nos ensinamentos de Tourinho Filho e Pacelli que se encontra a razão plausível e irrefutável para a captura do indigitado autor da infração penal, que é obtenção e registro da autoria e materialidade dos fatos. O crepitar da infração é o melhor momento de apreensão dos instrumentos utilizados, coleta dos seus vestígios e prisão do agente (TOURINHO FILHO, 2009; OLIVEIRA, 2007b).

Cumprida esta providência, deve-se perquirir os motivos para a continuidade da cautelar. Se o juiz constatar a presença dos *fundamentos* para a decretação da prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP, ela deve ser convertida, pois o agente não deve ficar preso por flagrante delito durante todo o processo. Todavia, ausentes qualquer daqueles *fundamentos*, o agente deve ser posto em liberdade, conforme apregoa o artigo 310, parágrafo único, do CPP,

independentemente de qualquer indagação sobre a afiançabilidade do suposto crime, pois a Lei não faz qualquer restrição nesse sentido à concessão da liberdade. Conforme conclui Eugênio Pacelli:

Assim, a liberdade deverá ser restituída porque proibida a antecipação dos resultados finais, desde que, evidentemente, não se apresente hipótese para a decretação da prisão preventiva. Em tal caso, a manutenção da prisão flagrancial se imporá, não como decorrência do flagrante, mas, sim, como medida acautelatória dos escopos do processo (OLIVEIRA, 2007b, p. 99).

Vê-se, pois, que os motivos para a prisão em flagrante se distinguem dos *fundamentos* para a manutenção do cerceamento corporal. Prende-se para se obter os elementos que o estado de flagrância permite capturar de imediato, mas a continuidade da restrição à liberdade deve passar, então, a se apoiar nos indicativos de *periculum in mora*.

Em suma, prisão em flagrante, ao contrário de qualquer outra forma de prisão regida pela legislação comum, é ato administrativo, devendo também passar pelo controle judicial.

3.1.1. CLASSIFICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

O artigo 312 enumera as hipóteses de prisão em flagrante em quatro incisos, mas a doutrina explica que são três os diferentes casos. Os dois primeiros incisos descrevem o flagrante próprio ou real, em que o agente está cometendo a infração ou acaba de cometê-la. O terceiro inciso descreve o flagrante nominado pela doutrina de impróprio ou quase-flagrante, em que o agente é perseguido logo após a prática do fato delituoso, em situação que permitam concluir sua

autoria. O último inciso, que alarga sobremaneira o flagrante ao ponto de receber a denominação de ficto, porque de fato flagrante não é, descreve o caso em que o suposto agente é encontrado, logo depois, com instrumentos e objetos que permitam presumir ser ele autor da infração.

Embora a largueza desse raio de descrição suscite ainda alguma sorte de consideração sobre sua adequação à concepção original de estado de flagrância, bem como sobre os exatos critérios de distinção entre as hipóteses eleitas pela Lei, fato é que a jurisprudência tem referendado a aplicação prática dessa disciplina, a qual tem se revelado suficiente e razoável à constatação da materialidade e autoriza do crime pela certeza visual.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Não merece reparos o auto de prisão em flagrante realizado de forma escoreita, dentro do que preceitua o Código de Ritos Penal.

Muito embora o recorrente não tenha sido perseguido, poucas horas após a prática do crime, foi encontrado com o carro objeto do roubo bem como com na posse de uma arma de fogo, com numeração lixada e municada, e de substância entorpecente vulgarmente conhecida como crack, circunstâncias estas que fizeram presumir que se tratava do autor do crime em comento, o que foi confirmado com a sua confissão (RHC nº 22.341/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe de 24/03/2008).

Se a prisão do paciente se deu em decorrência de atividade da polícia, sem que esta o tenha induzido a "guardar" ou "trazer consigo" substância entorpecente, incabível falar-se em flagrante preparado. Vale dizer, a consumação do crime de tráfico (delito de ação múltipla), in casu, já vinha se protraindo no tempo com o simples fato de o ora paciente estar na posse da substância entorpecente (Precedentes) (HC nº 81.020/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/02/2008, DJe de 14/04/2008).

3.2. PRISÃO PREVENTIVA

De destacada importância é a prisão preventiva por sua larga aplicação prática, que decorre, entre outros motivos, da possibilidade de ser decretada, revogada e renovada a todo tempo pelo juiz competente (arts. 311 e 316 do CPP). Nisso se distingue de todas as outras prisões processuais.

Ademais, os *fundamentos* expressos no artigo 312 do CPP para o provimento de prisão preventiva são utilizados também para a prisão proferida na pronúncia e na sentença condenatória, além do que sua ausência orienta o juiz a conceder a liberdade provisória a quem fora preso em flagrante delito. Conforme sintetiza Paulo Rangel:

...esta modalidade de prisão deve ser vista como o ponto central de toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual, pois, se não houver necessidade de se decretar a prisão preventiva, a prisão em flagrante não deve persistir. Da mesma forma que, se não estiverem presentes os motivos que autorizariam a decretação da prisão preventiva, a prisão em decorrência da decisão de pronúncia não deve ser decretada (§ 3º do art. 413); e, ainda, se for decretada a prisão preventiva e afinal for proferido um decreto condenatório, a prisão passa a ser em decorrência da sentença condenatória e não mais preventiva (2005, p. 608).

3.2.1. PRESSUPOSTOS, FUNDAMENTOS E CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

Não existe consenso na doutrina quanto à terminologia empregada para classificar as exigências da Lei para a decretação da prisão preventiva, encontrando-se com facilidade alusão a requisitos, *fundamentos*, pressupostos, condições, circunstâncias, suportes fático e

normativo, entre outros. Optou-se pela a classificação utilizada por Mirabete (2003), a qual, inclusive, é a de maior frequência entre os autores.

Ele divide as exigências em três ordens: *fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti* (expressa no final do artigo 312 do CPP nos seguintes termos “...quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”); *periculum in mora* ou *periculum libertatis* (expressa no início do mesmo artigo 312 nos seguintes termos “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal...”); e, finalmente, aquelas previstas nos artigos 313 e 314 do CPP.

Ao conjunto das primeiras exigências ele nomina de *pressupostos*, ao das segundas ele designa de *fundamentos* e ao das terceiras de *condições de admissibilidade*.

Os *pressupostos* dizem da necessidade de estar provada a existência do crime e de que haja ao menos indícios de sua autoria, o que evidencia o erro de se requerer a prorrogação de inquérito policial aberto contra quem está preso preventivamente, pois se o juiz se convenceu da presença desses *pressupostos* a ponto da decretação da custódia, está suficientemente munido de fundamentação para o recebimento da denúncia.

As *condições de admissibilidade* delimitam as espécies de crimes cuja suposta autoria permite a decretação da prisão em comento. Inicialmente é preciso destacar que somente crimes dolosos autorizam o decreto. Àqueles apenados com prisão simples, como é intuitivo, não cabe; àqueles apenados com detenção, somente se o indigitado autor não tem residência fixa, identidade certa, é reincidente ou se o crime disser respeito à violência doméstica (Lei nº 11.340/06); e nos crimes sujeitos à pena de reclusão sempre será possível a medida, mas, em

todos os casos, não será decretada se o juiz se convencer da presença de excludentes de ilicitude (TOURINHO FILHO, 2009).

Finalmente, são quatro os *fundamentos* legais para a prisão preventiva, qualquer deles suficiente:

a) Garantia da ordem pública – é a defesa da pacífica convivência social, do estado de normalidade entre as pessoas. Para tanto não se pode considerar a natural repercussão derivada da existência do crime, mas sim o temor e a ira particularmente graves, decorrentes das circunstâncias do injusto reprovável ou a concreta probabilidade de reiteração da conduta, tendo em conta a periculosidade comprovada do agente diante de atos que denotem torpeza, perversão, malvadez e insensibilidade moral. Embora o delito por si só crie fissura no tecido social, os contornos próprios de determinada empreitada criminosa podem aconselhar o encarceramento imediato do suspeito, como medida de precaução em prol do interesse público (TOURINHO FILHO, 2009).

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, por existirem sólidas evidências da periculosidade do paciente, supostamente envolvido em gravíssimo delito de tráfico de drogas (HC nº 101535, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, Dje de 13.05.2010).

A jurisprudência desta Casa entende que a gravidade concreta dos fatos confere embasamento de cautelaridade para a prisão preventiva, a título de risco para a ordem pública. In casu, há notícia de movimentação de volume grandioso de drogas, o que atribuiria um plus de gravidade à imputação, justificando, pois, a cautelaridade no édito prisional (HC nº 157.759/SC, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 15/04/2010, DJe de 17/05/2010).

b) Garantia da ordem econômica – é a proteção da ordem social no que se refere à segurança das instituições bancárias, no sistema financeiro e a confiança no mercado. Este inciso volta-se principalmente para os crimes das Leis n. 8.884/94, 8.137/90, 7.492/86 e 1.521/52, mas recebe justas críticas da doutrina, pois sua inclusão no citado artigo 312, que se deu por aquela primeira norma de 1994, é desnecessária diante da abertura da redação do primeiro inciso (TOURINHO FILHO, 2009).

c) Assegurar a aplicação da Lei penal – consiste na proteção da aplicabilidade da sanção penal, da efetividade da justiça, em virtude de visíveis mostras, por parte do suspeito, de que se furtará à execução da pena. Não bastam meras suposições baseadas na figura social do suspeito, sendo necessários, ao menos, indícios, v. g., de que ele se desfaz de seu patrimônio ou toma providências para sair do país (TOURINHO FILHO, 2009).

Nesse sentido, os seguintes julgados:

A prisão preventiva se acha embasada na fuga do acusado como fator de risco para a própria aplicação da lei penal. O que, segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, materializa a hipótese descrita no art. 312 do Código de Processo Penal de "assegurar a aplicação da lei penal". 2. Na concreta situação dos autos, após várias tentativas de localizar o paciente, foi efetivada sua prisão preventiva. Prisão que foi revogada, ainda na década de 90, sob o compromisso de ele, paciente, informar ao Juízo eventual mudança de endereço. Compromisso que foi quebrado, paralisando a marcha processual, retomada somente mais de quinze anos depois, com o cumprimento de novo decreto de prisão (HC nº 97946, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, Dje de 27.08.2009).

A evasão do distrito da culpa aliado à incerteza quanto ao endereço do réu justifica a necessidade da prisão cautelar para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312 do CPP). (HC nº 131.206/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 01/09/2009, DJe de 13/10/2009).

A real periculosidade do réu, evidenciada pelo *modus operandi* da conduta (sem qualquer motivo aparente, apanhar uma faca e atacar dois balconistas de num bar, atingindo um com golpes nas costas e tentando atingir o outro no peito), é razão suficiente para a manutenção da custódia cautelar do réu preso em flagrante delito.

Acrescente-se que o paciente é estrangeiro, encontra-se em situação irregular no país, não tem residência fixa e não desenvolve atividade laborativa lícita, fortalecendo a necessidade da custódia cautelar para garantir a regular instrução criminal e a eventual aplicação da lei penal (HC nº 104.981/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 15/10/2009, DJe de 23/11/2009).

d) Conveniência da instrução criminal – é a proteção dos meios de prova que podem ser destruídas por quem se ache na iminência de ser condenado com a contribuição delas. O cerceamento provisório da liberdade do indiciado ou acusado pode impedir que ele intimide testemunhas, perturbe a regular evolução do processo ou dificulte o trabalho de peritos. Trata-se de vedar a influência do suspeito sobre a coleta de provas ou sobre os próprios agentes da acusação ou do julgamento. Não basta ser conveniente a medida, mister sua imprescindibilidade para a regular produção e apreciação dos elementos de prova (TOURINHO FILHO, 2009).

Embora se encontrem decisões judiciais refratárias, o entendimento preponderante revela que não bastam alusões a algum dos *fundamentos* do artigo 312 para que a prisão seja decretada, sendo necessária a exposição motivada em elementos concretos (art. 93, IX, da CF), próprios da conduta agente, que evidenciam a prática de atos configuradores do *periculum libertatis*. A mera gravidade abstrata da figura típica ou a quantidade de pena postulada pela acusação também não justificam a segregação provisória. O Supremo Tribunal Federal é repleto em decisões reafirmando estes posicionamentos, conforme ilustra o seguinte julgado, *verbis*:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se

refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.

[...]

O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes.

A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu.

[...]

Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. (HC nº 80719, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26.06.2001, DJ de 28.09.2001).

Se a figura social do indiciado ou acusado não pode, *de per se*, justificar a prisão excepcional, também não pode impedi-la, se satisfeitas as estreitas exigências legais, consoante adverte Fabbrini Mirabete:

Desde que a prisão preventiva se revele necessária, na conformidade do artigo 312, não elidem a decretação da prisão preventiva as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter residência fixa e profissão definida, de ter instrução superior, ser industrial, ter família, etc.. Também não impede a decretação da prisão preventiva o fato de o acusado se apresentar espontaneamente à autoridade, se presentes os pressupostos legais (MIRABETE, 2003, p. 392).

3.3. PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária, ao contrário das demais tratadas neste capítulo, é prevista e disciplinada em legislação extravagante.

A Lei nº 7.960/89 é composta de sete artigos e no segundo trata de prazos, competências e formas processuais e procedimentais; mas logo no seu artigo primeiro vêm disciplinadas as hipóteses de cabimento que interessa ao presente estudo. O inciso primeiro diz caber a prisão temporária quanto imprescindível para as investigações do inquérito policial; o segundo exige que o indiciado não tenha residência fixa ou não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; e o terceiro enumera os crimes sobre os quais pairam fundadas razões de autoria ou participação do indiciado.

Pois bem. A primeira observação é que, de acordo com a redação dos referidos incisos, concluiu parte da doutrina que somente durante o inquérito policial é possível a decretação da prisão temporária. Se não há elementos suficientes que autorizem sequer o indiciamento do indigitado autor do crime, claro não será possível a decretação da custódia provisória; e se há processo em curso em virtude do recebimento da peça acusatória, a hipótese é de prisão preventiva, que não tem prazo máximo de duração expresso em Lei (GARCIA, 2007).

A segunda observação é quanto às exigências traçadas para o cabimento da medida extrema. Uma primeira interpretação poderia conferir autonomia aos requisitos, de modo que qualquer deles permitiria a decretação da prisão. É de fácil refutação essa exegese, pois a abertura de redação do inciso primeiro constituiria cláusula aberta ao arbítrio judicial. Outra leitura possível é aquela oposta, ou seja, somente na hipótese de satisfação conjunta dos três

requisitos é que a Lei permitiria a privação temporária da liberdade do indiciado. Essa interpretação, embora seja técnica, acabaria por conferir à Lei uma aplicação extremamente estreita, ao ponto de inviabilizá-la, conforme entendimento doutrinário dominante.

A redação dada ao art. 1º da Lei 7.960/89 pode ensejar dúvidas de interpretação quanto à necessidade da presença concomitante ou isolada dos três requisitos ali elencados. Não parece razoável entender que a existência de apenas um desses requisitos autorizaria a medida, pois assim haveria uma espécie de prisão temporária obrigatória para os crimes mencionados no inciso III; também não se poderia aceitar que a imprescindibilidade para a investigação (inciso I) ou a ausência de residência fixa ou ocultação de identidade do investigado (inciso II) pudessem, isoladamente, autorizar a medida, inclusive para crimes não referidos no inciso III. Por outro lado, se fosse exigida a presença concomitante das três condições, a medida estaria circunscrita a casos raríssimos, em que, ao lado da necessidade para a investigação, o suspeito também fosse pessoa de identidade duvidosa ou de domicílio incerto. Sendo assim, a melhor exegese, até porque consentânea com os princípios constitucionais do processo, preconiza a cumulação de um dos requisitos previstos nos incisos I e II (caracterizadores do *periculum libertatis*) com a condição do inciso III, que configura o *fumus boni iuris* (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 299).

Paulo Rangel também identifica a possibilidade da decretação da prisão temporária na conjugação dos referidos incisos, a qual acaba por expressar as exigências de toda e qualquer medida cautelar: *fumus comissi delicti e periculum libertatis* (2005). De fato, deve prevalecer a leitura finalística da norma, em ordem a permitir a maior eficácia possível, dentro de parâmetros de razoabilidade.

Conforme se vê, a prisão temporária tem disciplina própria e requisitos diferentes daqueles necessários à decretação da prisão preventiva, mas tal qual as demais prisões cautelares, se apóia no binômio *fumus boni iuris e do periculum in mora*.

3.4. PRISÃO DECRETADA NA PRONÚNCIA

A prisão decretada por ocasião da pronúncia sempre recebeu, na doutrina, um título próprio no capítulo das prisões provisórias, por ter merecido específica previsão legal (art. 413, § 3º), o que, a rigor, seria despiciendo. Isso porque a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer tempo, sempre que se apresentarem os requisitos legais para tanto, sendo, então, bastante difícil que somente, e precisamente, por ocasião da pronúncia o acusado, por algum motivo, manifeste comportamento que aconselhe seu aprisionamento. Na quase totalidade das vezes, ou ele esteve preso desde o início do processo ou esteve solto, conservando essa condição após a remessa do feito ao júri popular.

A decisão de pronúncia é de fundamental importância sob o aspecto da definição, por parte do juiz, de seu convencimento acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, mas não constitui um momento sensível de busca pela proteção de provas, de testemunhas ou de preocupação na manutenção da ordem pública. Se é certo que a prisão processual se ergue sobre o binômio *fumus boni iuris* e *periculum in mora* e o primeiro requisito resta reforçado com a pronúncia do acusado, não é menos certo que ele já estava presente desde o recebimento da denúncia, não havendo motivo para a decretação da prisão sem que haja evidências do surgimento do segundo requisito.

Na doutrina colhe-se o mesmo entendimento:

Se não foi reconhecida a necessidade da prisão antes da pronúncia, nem vislumbrado, nessa fase, o perigo para a realização do julgamento ou futura execução da sentença definitiva, também não se justifica o encarceramento exclusivamente determinado pelos antecedentes criminais. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 296).

A prisão passa a ser decretada se houver necessidade e sempre, como já dizíamos, preventivamente. O juiz ao proferir a decisão de pronúncia verificando a necessidade de se decretar a prisão preventiva decide no corpo da pronúncia, tratando a prisão não como efeito da decisão de pronúncia, mas sim como prisão preventiva (RANGEL, 2010, p. 790).

O que se quer dizer é que a decisão decretada na pronúncia não guarda qualquer distinção em relação à prisão preventiva, de modo que a reforma operada pela Lei nº 11.689/08, que disciplinou o rito do júri, incidiu em uma superfetação ao dedicar os parágrafos segundo e terceiro do artigo 413 do CPP ao trato da questão relativa à prisão preventiva e à liberdade provisória na pronúncia.

3.5. PRISÃO DECRETADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA

A prisão decretada por ocasião da sentença condenatória recebeu, por bastante tempo, interpretação diversa daquela proferida na pronúncia. Primeiro, porque ela se apoia na definição, ao menos por parte do juiz da causa, da culpabilidade do acusado, retirando assim, sob o aspecto cognitivo, a carga de precariedade que as outras prisões processuais guardam. Segundo porque o artigo 393, I, do CPP é peremptório ao atribuir à sentença condenatória a eficácia específica de recolhimento do réu ao cárcere.

Todavia, embora tenha exibido uma evolução lenta, a jurisprudência percebeu, ainda aqui, sua natureza cautelar, pois ao condenado em primeiro grau assiste o direito, plasmado no sistema constitucional e no Pacto de São José da Costa Rica, de que sua causa seja reexaminada por um Tribunal, o que se convencionou chamar de “duplo grau de jurisdição”. Portanto, a decisão de primeiro grau não ostenta um irrefutável juízo de certeza sobre a culpa do

acusado. Ademais, segundo dispõem os artigos 105, 147 e 164 da LEP, a expedição das guias para execução das penas de multa, restritiva de direitos ou privativa de liberdade somente é feita após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, a constatação de que a prisão proferida na sentença condenatória não permite a execução provisória da pena evidencia que, embora proferidas em momentos processuais distintos, essa decisão não se difere fundamentalmente daquela exarada na pronúncia, merecendo, pois, as mesmas considerações sobre sua marcante natureza cautelar. É o que se colhe na doutrina preponderante.

Por isso, o que se disse a respeito da custódia resultante da pronúncia tem inteira aplicação à espécie de prisão agora analisada: em face das garantias asseguradas ao cidadão pela Constituição da República, sua decretação não pode ser automática, diante do reconhecimento da existência do crime e de sua autoria, mas deve resultar, ainda, da apreciação sobre a presença do periculum libertatis, que autoriza excepcionalmente a prisão antes de uma condenação definitiva.

[...]

A falta de efetiva apreciação da necessidade da cautela importará, também quanto à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, vício de fundamentação capaz de fazer incidir a sanção de nulidade por desatendimento aos preceitos constitucionais já indicados (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 297-8).

Conclui-se também ser desnecessária previsão específica para decretação da prisão por ocasião da prolação da sentença penal condenatória à pena privativa de liberdade, pois se o acusado foi mantido preso durante todo o curso do processo, lá deve permanecer, mas se esteve solto durante este período, a simples conclusão do feito, sem a superveniência de qualquer fato grave, não autoriza sua segregação imediata.

Enfim, torna-se natural perceber que as prisões provisórias, qualquer momento que sejam efetuadas, desde que antes da sentença penal condenatória, guardam em comum a marca da cautelaridade, que se expressa no binômio *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Partindo-se dessa premissa geral de legitimação da prisão sem pena, é possível evoluir à constatação de que as exigências legais do cerceamento da liberdade devem estar presentes não apenas no momento de sua decretação, mas também, e necessariamente, no curso de seu cumprimento. Dessa feita, cessados os motivos que a recomendaram, devem ser revogadas, mas, tratando-se de prisão em flagrante, entra em cena o instituto da liberdade provisória, o que se será estudado no capítulo seguinte.

4. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é o reverso da prisão preventiva, pois a liberação de quem foi preso em flagrante delito é decorrência necessária da ausência dos *fundamentos* para a manutenção da prisão (CF, art. 5º, LXVI).

A expressão, embora consagrada inclusive em texto constitucional, não traduz a adequada condição de quem foi solto, pois não há provisoriedade na liberdade, ao menos que se entenda que a autoria é presumida e que a soltura perdurará apenas até o final da demanda, diante da provável condenação do indiciado\acusado à pena privativa de liberdade. Mas esse não é o regime constitucional que consagra o princípio da presunção de inocência e no qual a liberdade dos seus cidadãos é a regra. Provisório, ao contrário, é o regime de restrições impostas a quem foi solto após a regular prisão em flagrante. Essa observação é de Eugênio Pacelli, *verbis*:

É que o que é provisório é o regime e não a liberdade. Esta, como atributo irrenunciável do indivíduo e no que diz respeito à existência de um processo penal, não é nem provisória nem definitiva, ainda que a pretensão posta em Juízo seja, ao final, a sua supressão. Até mesmo neste sentido, se procedente a ação penal, a supressão da liberdade - e, pois, a prisão definitiva - é sempre temporária, ao menos enquanto inexistente a prisão perpétua no ordenamento brasileiro (OLIVEIRA, 2007b, p. 103).

Aqui é de relevo notar a estrita vinculação e, ao mesmo tempo, autonomia entre a prisão em flagrante e a liberdade provisória. A vinculação se exprime no caráter substitutivo imanente à liberdade concedida ao preso em flagrante delito. Nos demais casos de prisão provisória, quando não se revelam mais necessárias, devem ser revogados, pois esta é a forma adequada de retirada do mundo jurídico do ato judicial válido.

Com a prisão em flagrante o fenômeno ocorre de maneira diferente, pois, quando o juiz constata a ausência dos *fundamentos* legitimadores da segregação cautelar, deve conceder a liberdade provisória, conforme a cláusula liberalista do parágrafo único do artigo 310 do CPP³. Não há liberdade provisória sem a anterior prisão em flagrante e a liberdade provisória é a regra e sucedâneo lógico da prisão em flagrante.

A autonomia, por seu turno, se expressa na diversidade dos fundamentos do encarceramento. As prisões decretadas na pronúncia e na sentença penal condenatória encontram critérios de legitimação nos mesmos *fundamentos* previstos no artigo 312 do CPP para a prisão preventiva. Significa dizer que o pronunciado ou o condenado não é preso em razão do maior grau de convicção acerca da culpabilidade, mas porque se revelou necessária e urgente a medida diante da presença de fatos a evidenciarem o *periculum libertatis*. A prisão em flagrante, diversamente, visa à coleta imediata das provas e certificação da sua autoria e se funda na certeza

³ Veja-se que há diversidade de órgãos e agentes nas duas medidas, sem hierarquia entre eles, de modo que o juiz acabaria por revogar ato de cunho administrativo praticado pela autoridade policial.

visual do crime, além da eventual e natural necessidade de interrupção da atividade criminosa.

Portanto independe da aferição daqueles *fundamentos* gerais. Conforme explana Eugênio Pacelli:

Assim, a liberdade provisória, como instrumento processual, prioritariamente manejado pelo aprisionado, dirige-se efetivamente contra o flagrante, implicando a substituição da regra de cautelaridade, dado que, também ela, impõe restrições de direitos e ônus processuais a quem dela se beneficia. Ao contrário do que ocorre nas outras modalidades de privação cautelar da liberdade, a prisão em flagrante é a única modalidade de custódia para cuja cessação se exige, como regra, nos termos do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, o atendimento a requisitos nitidamente desvinculados dos pressupostos que a legitimam (OLIVEIRA, 2007b, p. 08).

Em outra passagem o autor conclui:

Assim, colhida a prova emergente da situação flagrancial, e desde que ausentes razões justificadoras da prisão prevista no art. 312 do CPP, a liberdade deve ser sempre restituída, porque vedada qualquer antecipação de culpabilidade, como consectário lógico do princípio da não-culpabilidade (OLIVEIRA, 2007b, p. 73).

Aqui cumpre lembrar, consoante a melhor doutrina, que a prisão em flagrante ilegal não é substituída pela liberdade provisória, mas sim relaxada, com base em mandamento constitucional (art. 5º, LXV, da CF), ilegalidade esta que pode decorrer de vício de competência, de forma ou mesmo de excesso de prazo.

4.1. ESPÉCIES DE LIBERDADE PROVISÓRIA

O Código de Processo Penal contém um complexo e conflituoso regramento para a concessão de liberdade provisória com o pagamento de fiança, ou sem, e ainda com ou sem vinculação a deveres processuais.

Diz-se liberdade provisória sem fiança e sem vinculação quando ela é concedida em virtude da previsibilidade, segundo os critérios do artigo 321 do CPP, de que o indiciado/acusado não sofrerá condenação à pena privativa de liberdade, o que atende ao fator de homogeneidade da qual as medidas restritivas de direito devem dispor.

Liberdade provisória sem fiança e com vinculação ocorre quando se constata a presença de excludentes de ilicitudes (art. 310 do CPP). Outra forma de liberdade sem fiança com vinculação se dá quando, embora devida a caução, o indiciado/acusado não dispõe de recursos financeiros (art. 350 do CPP). Todavia, a principal hipótese dessa forma de liberdade, e que enfraquece todas as outras conforme se verá, ocorre quando inexistem quaisquer dos *fundamentos* expressos no artigo 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva (art. 310, § único, do CPP).

A regra é a possibilidade de obtenção da liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, com as exceções previstas nos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da CF; nos artigos 323 e 324 do CPP; bem como nas Leis nºs 8.072/90, 9.034/95, 9.455/97, 9.613/98 e 10.826/03⁴. Aqui merece destaque o inciso IV do artigo 324 do CPP que veda a concessão de fiança quando presentes os *fundamentos* para prisão preventiva, o que evidencia a quase obsolescência daquele instituto, pois a ausência dos referidos *fundamentos* é causa suficiente de concessão da liberdade sem a necessidade da fiança, conforme parágrafo único do artigo 310 do mesmo *codex*.

E mais, considerando-se que o pagamento da fiança não dispensa o indiciado/acusado da vinculação aos deveres impostos pelos artigos 327 e 328 do CPP, percebe-se que esse instituto acaba por ser revelar mais oneroso do que a liberdade provisória do aludido

⁴ Os artigos 14 e 15 desta última Lei, que vedavam a concessão de fiança para os crimes de Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de Disparo de arma de fogo, foram declarados inconstitucionais na ADI nº 3.112-1/DF.

artigo parágrafo único do artigo 310 do CPP, ou seja, aquela sem o pagamento da fiança. Além do que, por não sofrer as restrições dos referidos artigos 323 e 324, se mostra de maior alcance (TOURINHO FILHO, 2009).

Insiste-se. Sendo devida a restituição da liberdade sem fiança, não haveria sentido, em regra, no pedido de liberdade mediante o pagamento da fiança.

Todavia, ainda é possível encontrar certa aplicabilidade para a fiança na atual quadra normativa, pois ela pode ser concedida pela autoridade policial e dispensa a oitiva do Ministério Público, o que acaba por apresentar grande presteza e celeridade na concessão da liberdade provisória.

Nesse sentido, as observações de Tourinho Filho (2009), Eugênio Pacelli (2007b) e Marcellus Polastri Lima, desde último se extrai o seguinte excerto:

Conserva, entretanto, a fiança sua importância para aquelas hipóteses em que a Autoridade Policial pode arbitrariamente e concedê-la (nos crimes punidos com detenção, na forma do art. 332 do CPP), e, assim, pode o agente obter a liberdade mais rápido, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, sem necessidade de esperar a decisão judicial, no caso de liberdade sem fiança.

Argumenta-se, também, que o procedimento para se obter a fiança é mais rápido, uma vez que não requer a prévia oitiva do Ministério Público, ao contrário da liberdade provisória sem fiança (2007, p. 607).

4.2. A FIANÇA COMO CAUTELA

Mas se a atual quadra legal revela descompasso e desmerece a importância histórica do instituto da fiança ao ponto de torná-la desvantajosa, a ordem normativa inaugurada pela constituição de 1988 reservou lugar para as funções da fiança, não sendo inadvertida a previsão na Carta Magna de crimes inafiançáveis (art. 5º, XLII, XLIII e LXIV).

Para tanto, é preciso, em primeiro lugar, ter presente que a supressão cautelar da liberdade, por ser medida necessariamente excepcional, não poderia ser substituída por importância monetária, ao que expõe seu aspecto atual de contra-cautela. A vigente regulação legal não é apenas contraditória, mas se revela mesmo desproporcional e desarrazoada, pois o decreto de prisão somente pode ser proferido se absolutamente necessário e, assim sendo, não admitiria, como é curial, sua substituição por bens ou valores.

Na verdade, a fiança é vocacionada a ser uma caução. Ela deve prestada como garantia benéfica representativa da disposição do indiciado/acusado de cumprimento de deveres processuais e que pode ser perdida com sua inobservância. Mas o perdimento, nessa ordem de idéias, não poderia levar à prisão (OLIVEIRA, 2007b).

A questão fundamental é que, partindo-se da premissa da desnecessidade da manutenção da prisão, a liberdade deve ser restituída, porém mediante restrições maiores que a prestação de fiança, como o recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico, suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica, suspensão das atividades de pessoa jurídica, proibição de freqüentar determinados lugares, afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima, proibição de ausentar-se da comarca ou do País, entre outros⁵. A fiança seria prestada não como substituição à prisão, mas como alternativa mais favorável às demais hipóteses de restrições à liberdade. Assim, haveria dois regimes de liberdade: com fiança ou com outras restrições de índole mais gravosas, a serem impostas pelo juiz.

Justamente na atual condição de maior onerosidade da fiança é que reside sua disfunção e conseqüente esvaziamento. Conforme assevera Eugênio Pacelli:

Os regimes de liberdade, com e sem fiança, previstos na Constituição, não podem mais ser apreciados debaixo de esquema previamente definido no Código de Processo Penal. Elaborado sob auspícios de uma ordem política profundamente diversa daquela que deu origem ao novo perfil do atual modelo processual brasileiro, marcadamente democrático, no que diz com a delimitação do acesso à participação na disputa judicial, e declaradamente garantista, no que respeita ao tratamento dispensado ao acusado (OLIVEIRA, 2007b, p. 151).

⁵ Exemplos extraídos do projeto de Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional.

Insiste-se. A libertação não deve estar condicionada à prestação de fiança ou outra garantia. Tal como hoje se dá com o parágrafo único do artigo 310 do CPP, a liberdade deve se consequência lógica e necessária da ausência de *fundamentos* para a manutenção da segregação cautelar, apenas devendo-se observar a possibilidade de imposição de restrições. Vale-se, aqui, ainda mais uma vez das observações de Eugênio Pacelli, *verbis*:

... o atual texto constitucional não impõe qualquer barreira ao legislador ordinário para a instituição de um regime de liberdade provisória mais gravoso, para determinados delitos, que aquele concedido mediante fiança.

Não há, com efeito, impedimento algum a que se estabeleçam, por lei, novas restrições à liberdade do acusado, que não o encarceramento, para que, sem a exigência de fiança, se preste efetiva tutela ao processo e à jurisdição penal, quando postas em risco por situações e circunstâncias de fato – suporte fático – adequadas a determinados delitos – suporte normativas.

[...] A adoção, também aqui, de um regime de exigências mais gravosas que a garantia real, a necessidade de comparecimento a todos os atos do processo e comunicação de mudança de endereço, como atualmente previstas nos arts. 327, 328, e 330 do Código de Processo Penal, não implicará qualquer afronta aos princípios fundamentais do processo penal constitucional, se observados os limites impostos pela proibição de antecipação do resultado final, somente possível a partir de juízo definitivo de certeza – trânsito em julgado – ou quando, presente o de probabilidade, seja fundada em comprovada situação de risco concreto à realização da jurisdição penal, diante de ataque à efetividade e instrumentalidade do processo (OLIVEIRA, 2007b, p. 83).

A partir desse entendimento, pode-se perceber a perfeita aplicabilidade da Constituição quando fala em crimes inafiançáveis independentemente de vedação à liberdade provisória, pois está corretamente elencando crimes para os quais não é possível a forma mais branda do regime de liberdade. Basta a adequação da legislação ordinária.

Enfim, são cinco as prisões processuais penais previstas na legislação nacional, a saber: prisão em flagrante delito, prisão preventiva, prisão proferida na sentença condenatória,

prisão proferida na pronúncia e prisão temporária. Elas são provisórias no sentido de serem precárias e sumárias, pois apoiadas em cognição não exauriente e exprimem uma necessidade imediata de privação da liberdade de ir e vir sem que o acusado ou indiciado tenha oportunidade de se manifestar antecipadamente sobre a medida.

Referidas medidas provisórias trazem em comum a necessidade de se revestirem de caráter excepcional, somente devendo ser decretadas em situações de absoluta necessidade. Para se legitimarem em face de nosso sistema jurídico, impõe, além da satisfação dos pressupostos representativos da probabilidade de cometimento do crime, que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou réu.

Portanto, sendo apoiada na absoluta e imediata necessidade do cerceamento do direito de ir e vir, a liberdade deve ser restituída sempre faltarem os *fundamentos* para manutenção da prisão, ainda que sujeita a restrições.

Conclui-se também que a vedação de concessão de fiança não implica na impossibilidade de liberdade provisória, pois os institutos guardam, em harmonia, áreas reservadas de aplicação.

Compreendida essa equação, passa-se ao exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a vedação da liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

5. VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA PREVISTA NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06

No presente capítulo será exposta a recente sucessão de Leis que tratam da vedação da liberdade provisória no que concerne aos crimes de tráfico, bem como o debate que se instalou nos Tribunais acerca do princípio de direito intertemporal aplicável à hipótese.

5.1. ASPECTOS GERAIS

A Lei dos crimes hediondos e equiparados previa expressamente - em sua redação original- a vedação de concessão tanto de fiança como de concessão de liberdade provisória. O dispositivo continha o seguinte teor:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - [...]

II – fiança e liberdade provisória.

A norma suscitou bastante discussão judicial, pois alguns dos crimes nela arrolados são de trivial ocorrência, alcançando facilmente a apreciação dos tribunais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tradicionalmente chancelou o entendimento prevalecente nos demais tribunais nacionais no sentido da inadmissibilidade da concessão da liberdade provisória àqueles que fossem presos em flagrante delito sob a acusação da prática de delitos nominados pela Lei nº 8.072/90 como hediondos e equiparados. A fundamentação era sempre a previsão no artigo 2º, inciso II, daquela norma para a manutenção da

privação sumária da liberdade. Até recentemente, a Corte Suprema reafirmava esse entendimento, conforme demonstram os seguintes julgados:

Não se admite liberdade provisória nos processos por crimes de tráfico de entorpecentes (inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 8.072/90). Habeas corpus conhecido em parte e, nessa parte, indeferido (HC nº 89068, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJ de 23.02.2007).

Não se admite liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por homicídio qualificado, tido por crime hediondo (HC nº 86118, Relator Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, DJ de 14.10.2005).

O advento das Leis nºs 11.464/08 e 11.343/06 fez surgir a discussão acerca da própria existência de norma a fundamentar aquela vedação peremptória da liberdade provisória no que se refere aos crimes de tráfico de entorpecentes.

É que a Lei nº 11.343/06, que disciplina estes crimes, renovou aquela vedação à liberdade provisória no seu artigo 44 especificamente quanto aos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37. Eis seu conteúdo:

Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Mas a Lei nº 11.464/08, posterior portanto, deu nova redação ao inciso II do artigo 2º da Lei dos crimes hediondos e equiparados, suprimindo deste dispositivo exatamente a aludida vedação à liberdade provisória, passando o atual texto conter o seguinte conteúdo:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - [...]

II - fiança.

Eis o quadro normativo em que passou a figurar o tema da liberdade provisória no que se refere aos crimes de tráfico e sobre o qual se tem debatido as turmas do Supremo Tribunal.

5.2. TESE FAVORÁVEL À VALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA

Provocado a se manifestar sobre feitos que versavam sobre a matéria, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, capitaneada pela Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, no que se refere a essa ótica estritamente infraconstitucional, externou posicionamento no sentido de que a Lei de Tóxicos, embora seja anterior a nova redação da Lei dos crimes Hediondos, é especial em relação a ela, motivo pelo qual não teria sido derogada.

Nesse sentido, o seguinte excerto, *verbis*:

Não se faz necessário reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 11.464/07, por não ter ela alterado, em nada, a norma proibitiva da liberdade provisória.

[...]

Mesmo que essa alteração não significasse, na prática, apenas uma alteração textual, sem qualquer modificação – segundo exposto – da norma proibitiva da concessão de liberdade provisória, parece-me que, de qualquer sorte, ela não alcança os dispositivos legais que cuidam do delito de tráfico de drogas, que, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, já contava com disciplina específica a respeito no art. 44, caput, da Lei nº 11.343/06.

A expressão “e liberdade provisória”, originariamente contida no art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90, referia-se, genericamente, a vários delitos: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/06, a disciplina da matéria, especificamente quanto ao delito de tráfico, passou a constar do art. 44, caput, daquela Lei, que dispõe:

‘Art. 44 Os crimes previstos nos arts. 33, caput e parágrafo 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico’

Quanto ao delito de tráfico, portanto, a disciplina infraconstitucional do tema – antes contida no art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90 – apenas transmutou a sua base legal para o art. 44, caput, da Lei nº 11.343/06.

Dito de outro modo, a Lei nº 8.072/90 não mais disciplina a matéria relativamente ao crime de tráfico desde a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, mas, em momento algum, deixou-se de prever a inafiançabilidade daquele delito.

Assim, não poderia a Lei nº 11.464/07 – que se limitou a alterar o texto originário do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90 – modificar a disciplina que, na sua vigência, já constava de Lei especial (Lei nº 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente (HC nº 93302, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, Dje de 08.05.2008). (grifo da autora)

Todavia, o principal argumento externado pela doutrina que reafirma a legitimidade da vedação à concessão de liberdade provisória aos indigitados autores de crimes de tráfico não se circunscreve à esfera infraconstitucional, como haveria de ser, pois é ancilar qualquer consideração da matéria que se limite a este patamar, considerando que a Constituição Federal tratou do tema e que se deve entender que ela assim o fez partindo de um ponto de confluência entre os institutos da fiança (ou inafiançabilidade) e da liberdade provisória.

O ponto nevrálgico da questão é que, no entendimento francamente preponderante da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a leitura da Constituição parte do pressuposto de que a inafiançabilidade, prevista no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, implica necessariamente a vedação à concessão de liberdade provisória.

Extraem-se, nesse sentido, as seguintes considerações que se repetem nos votos da Ministra Carmen Lúcia, *verbis*:

Para a Constituição da República, a prisão em flagrante seria espécie de prisão processual, ficando, de regra, reservada à legislação ordinária definir se admite, ou não, a liberdade provisória.

Pode não admiti-la pelo menos de duas formas: a) dizendo expressamente que o delito não permite a liberdade provisória; ou b) dispondo que o crime é inafiançável, vale dizer, vedando-se a oposição da contracautela da fiança.

Se a admite, pode a liberdade provisória dar-se: a) com o pagamento de fiança (delitos afiançáveis); ou b) sem a necessidade daquela contracautela, ou seja, nas hipóteses em que a fiança não é exigida (delitos em que a pessoa se livra solto, por exemplo, ou de dispensa da fiança).

Nesse sentido, foi bastante incisivo o art. 5º, inc. LXVI, da Constituição da República, ao estabelecer que ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a Lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’ (art. 5º Inc. LXVI).

Ao dizer ‘quando a Lei admitir’, evidencia-se, de forma clara, que – embora sujeita à observância do que o eminente Ministro Celso de Mello denomina ‘padrões mínimos de razoabilidade’ – pode a legislação ordinária não admitir a liberdade provisória em algumas situações.

[...]

Há, no entanto, ao lado das normas gerais, segundo as quais cabe à legislação ordinária definir sobre a admissão, ou não, da liberdade provisória, e se esta será concedida com ou sem fiança (Constituição da República, art. 5º, inc. LXVI), normas constitucionais específicas, que estabelecem verdadeiros limites materiais à legislação ordinária.

A primeira dessas normas especiais é aquela que considerou inafiançáveis – desde logo – a ‘prática do racismo’ (art. 5º, inc. XLII) e a ‘ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático’ (art. 5º, inc. XLIV).

Outra norma especial está no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, que, estabelecendo limites materiais à legislação ordinária, determinou que esta considerasse crimes inafiançáveis ‘a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os delíritos definidos como crimes hediondos’ (art., 5º, XLIII).

[...]

Por isso mesmo, é absolutamente irrelevante a existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão do Paciente.

Não se trata, aqui, de prisão preventiva, esta, sim, a exigir, conforme os precedentes invocados pelos impetrantes, a presença de fundamentação

cautelar idônea, mesmo quando se refere à suposta prática de crime hediondo ou equiparação.

Cuida-se, diversamente, de prisão em flagrante por tráfico de drogas, caso em que, da proibição de liberdade provisória – decorrente, assinala-se mais uma vez, da inafiançabilidade imposta pela Constituição (art. 5º, inc. XLIII) e disciplinada pela legislação ordinária... (HC 93302, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, Dje de 08.05.2008) (grifo da autora)

Colaciona-se ainda os excertos das seguintes ementas, *verbis*:

Se o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impedia a "fiança e a liberdade provisória", de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo art. 1º da Lei nº 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão somente, a vedação do instituto da fiança.

Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que "a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: [...] seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança" (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). 4. Acresce que atualmente o paciente se acha condenado pelos delitos de tráfico de entorpecentes, lavagem de dinheiro e posse irregular de arma de fogo. O que, na linha da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inviabiliza a concessão da pretendida liberdade provisória, pois não há sentido lógico permitir que o réu, preso em flagrante delito e encarcerado durante toda a instrução criminal, possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória, se mantidos os motivos da custódia cautelar. 5. Ordem denegada (HC nº 98464, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 03.12.2009).

A atual jurisprudência desta Casa é firme no sentido "da irrelevância da discussão acerca da existência ou não de fundamentação da prisão em flagrante de acusado de tráfico ilícito de entorpecentes", uma vez que "a proibição de liberdade provisória, nesses casos, decorre da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, inc. XLIII, da CF e da vedação legal imposta pelo art. 44 da Lei nº 11.464/07" (HC 95671/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, HC 95060/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO). (HC nº 95551, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 18.06.2009).

Em igual sentido extraem-se, ilustrativamente, os seguintes julgados da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/07.

Referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nestes casos. (RHC 28.153/AC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJe de 09/08/2010).

Não caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei n.º 11.343/06, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tal infração. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal. (HC 162.263/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 02/08/2010).

Enfim, para a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em posicionamento que reverbera nos julgados da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a decorrência natural da inafiançabilidade dos crimes de tráfico prevista no artigo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, é a impossibilidade de concessão de liberdade provisória. Seria uma forma específica e indireta de vedação desse benefício. A outra seria aquela permitida à esfera infraconstitucional de enumerar os crimes, de maior gravidade, para os quais seria prevista expressamente a inadmissão da liberdade provisória propriamente dita.

Nesse diapasão, no plano infraconstitucional, teria havido apenas uma mudança de base legal para a inadmissão da liberdade provisória, passando da Lei nº 8.072/90, dita genérica, para a Lei nº 11.343/03, específica para os crimes de tráfico.

5.3. TESE PELA INVALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA

Por seu turno, aqueles que sempre defenderam a possibilidade de o juiz conceder a liberdade provisória em todos os casos de prisão em flagrante argumentaram que teria se instalado a seguinte quadra.

A liberdade provisória seria a regra e consectário lógico da prisão em flagrante, prevista no parágrafo único do artigo 310 do CPP. Essa regra era excepcionada pelo inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no que se refere aos crimes hediondos e equiparados – nestes incluídos os de tráfico - por ser norma especial, e o artigo 44 da Lei nº 11.343/06 apenas reafirmava essa exceção. Portanto, com a supressão da norma de exceção, passaria a valer a regra geral prevista no Código de Processo Penal, tendo sido alcançada também a validade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

É dizer, para esta corrente, o princípio de direito intertemporal incidente não é aquele segundo o qual a norma especial revoga a geral. O princípio aqui regente é o temporal, de modo que a Lei nº 11.464/07, por ser posterior, teria derogado igualmente o artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

A incorreção do raciocínio de que a inafiançabilidade implica a vedação à liberdade provisória decorre da interpretação do texto constitucional a partir da sistemática

originária do Código de Processo Penal, a qual, conforme já se disse, sequer tem atual prevalência em razão das sucessivas reformas que lhe conferiram um perfil, embora um tanto quanto confuso, que se adéqua à imperiosa preponderância do maior valor do princípio constitucional da liberdade.

É preciso compreender a gravidade da vedação, *a priori*, de concessão de liberdade provisória, pois, a seguir o entendimento externado nos votos da eminente Ministra Carmen Lúcia, o preso em flagrante pelos crimes capitulados no artigo 44 da Lei de Drogas estaria sujeito necessariamente a um indisfarçável cumprimento provisório da pena.

Ademais, a tese não resiste ao crivo da proporcionalidade na medida em que se revela excessiva ao impor, em toda e qualquer hipótese dos crimes ali descritos, a manutenção da privação da liberdade antes do devido processo legal, o que importa a anulação do princípio da presunção de inocência. Acrescente-se ainda que não é racional e aceitável a arbitrária prisão fundada apenas na imputação da prática de crimes enumerados em Lei, sem a necessidade de qualquer fundamentação específica.

Quanto a esse ponto, o Supremo Tribunal Federal, decidindo a respeito do rumoroso caso em que há condenação à pena privativa de liberdade, inclusive em segundo grau de jurisdição, mas pendência do julgamento de recursos extraordinários, que não têm, conforme se sabe, efeito suspensivo, concluiu, por meio de sua composição plenária, que até o trânsito em julgado da condenação, qualquer encarceramento provisório deve estar solidamente apoiado em fundamentos de natureza eminentemente cautelar.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte extrato veiculado no informativo de jurisprudência nº 534/09, do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Naquele caso o Supremo Tribunal Federal concluiu que ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada sempre a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. Tratava-se de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que mantivera a prisão preventiva do paciente/impetrante, ao fundamento de que os recursos especial e extraordinário, em regra, não possuem efeito suspensivo. Salientou-se, de início, que a orientação até então adotada pelo Supremo, segundo a qual não há óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, deveria ser revista. Esclareceu-se que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, artigos 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. Ressaltou-se que o modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984 conferiria concreção ao denominado princípio da presunção de inocência, não sendo relevante indagar se a Constituição consagraria, ou não, a presunção de inocência, mas apenas considerar o enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, sanção ou consequência jurídica gravosa que dependesse dessa condição constitucional (HC 84.678, ainda não publicado).

Em artigo que comenta referido julgado, o Ministro Gilmar Mendes externou:

Não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena que não esteja devidamente fundada em legítimas razões jurídicas e em fatos concretos individualizáveis com relação à pessoa do formalmente acusado. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado.

Outros fundamentos existem para se autorizar a prisão cautelar (art. 312 do Código de Processo Penal), no entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que não conta sequer com uma condenação definitiva contra si.

Uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria idéia de dignidade humana. Se se entender, como já enfaticamente destacado, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante idéia com a execução penal antecipada.

Feitas essas considerações, parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. Justamente porque não se trata de uma custódia cautelar, tal como prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, que pode efetivar-se a qualquer tempo, desde que presentes os motivos dela ensejadores, o recolhimento à prisão por força legal afigura-se-me uma antecipação da pena não autorizada pelo texto constitucional (MENDES, 2009, p. 05).

Ademais, se revela desnecessário o vergastado empecilho legal, porquanto a atual sistemática empregada pelo CPP permite ao juiz, mesmo que reconhecida a inconstitucionalidade e consequente invalidade do artigo em testilha, manter presa a pessoa capturada em flagrante delito, bastando para tanto apoiar sua decisão em algum dos *fundamentos* previstos na primeira parte do artigo 312 do *codex*.

A absoluta proibição à liberdade provisória torna tamanha a gravidade da prisão em flagrante, que desborda o núcleo essencial e inalcançável dos princípios constitucionais da presunção e inocência e da dignidade da pessoa humana. Imagine-se a hipótese em que o flagrante, embora legal, não consiga perceber, pela sumariedade mesmo das circunstâncias em que é aperfeiçoado, que o crime praticado pelo indiciado/acusado fosse aquele previsto na figura do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, que não admite a prisão, por exemplo.

A ciência processual penal recebeu considerável influxo dos ventos do novo constitucionalismo ou pós-positivismo, onde se destaca a dignidade da pessoa humana como vértice de todo o sistema jurídico. Nesse sentido, é necessário ter-se sempre em conta as amplas repercussões psicológicas e sociais que a prisão causa à pessoa, de modo que a legitimidade de sua decretação reside precisamente na extrema necessidade e emergência da medida de maneira a permitir sempre se constatar seu efetivo caráter instrumental.

Percebe-se na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal um posicionamento mais liberal quanto à compreensão do instituto da liberdade provisória, entendendo serem inconstitucionais os dispositivos de Lei que vedavam a concessão do benefício.

O Ministro Celso de Mello evoca sempre em suas ponderações a necessidade de se observar se há *fundamentos* concretos para a segregação cautelar, pois não satisfaz às exigências legais para prisão a mera alusão à possibilidade de reiteração criminosa do indigitado autor do fato ou a gravidade abstrata do crime.

Relembra também a importância de se enxergar a situação à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em conta a jurisprudência da Suprema Corte impor limites à ação imoderada do legislador e aos excessos do Poder Público.

Nesse sentido, destaca que a vedação apriorística à concessão da liberdade provisória revelaria manifesta incompatibilidade com a garantia da presunção de inocência, além do que a Lei nº 11.464/07 teria excluído essa vedação, ao conferir nova redação ao inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.112/90.

Conclui o Ministro em decisão monocrática no HC nº 100959-MC/TO, veiculado no informativo de jurisprudência nº 571/09, do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

[...]

O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, só por si, a privação cautelar do ‘status libertatis’ daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.

[...]

Tenho por inadequada, desse modo, por tratar-se de fundamento insuficiente à manutenção da prisão cautelar do ora paciente, a mera invocação do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 ou do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, especialmente depois de editada a Lei nº 11.464/2007, que excluiu, da vedação legal de concessão de liberdade provisória, todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

De fato, a manutenção compulsória da privação da liberdade de quem foi preso em flagrante, sob acusação da prática dos delitos previstos no artigo 44 da Lei de Tóxicos, é exemplo eloquente de ofensa ao núcleo essencial do estado de não-culpabilidade, pois exclui qualquer possibilidade de tratamento benéfico ou minimamente ofensivo a quem não foi julgado e que pode, eventualmente, demonstrar características de vida somadas a elementos circunstanciais do fato, que revelem a completa desnecessidade da medida. Em uma palavra, essa regra impede qualquer influência do princípio da presunção de inocência em tal hipótese, atingindo, com isso, “o limite do limite” desse princípio.

Este posicionamento encontra ressonância na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode perceber dos seguintes precedentes, *verbis*:

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

Se o magistrado de primeira instância deferiu o pedido de liberdade provisória, por entrever dúvidas acerca da autoria, ou seja, não se sabe se a droga é mesmo da paciente e nem se foi, de fato, encontrada na sua residência, não poderia o Tribunal, em recurso em sentido estrito, sem demonstração concreta da custódia cautelar, invocar, pura e

simplesmente, o art. 44 da Lei n. 11.343/06 e o montante de droga apreendido. (HC 170.005/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, sexta turma, julgado em 30/06/2010, DJe de 16/08/2010).

Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

Toda e qualquer prisão que tenha caráter de medida cautelar há de vir, sempre e sempre, efetivamente fundamentada. É o sistema – decorre das normas que informam o ordenamento jurídico brasileiro.

Se o indeferimento da liberdade provisória está apoiado no frio texto da lei (por exemplo, no art. 44 da Lei nº 11.343/06), tal não é suficiente para justificar, a contento, a manutenção de medida de índole excepcional porque, se assim fosse, a prisão provisória passaria a ter caráter de prisão obrigatória, e não é esse o seu caráter. (HC 138.435/ES, Rel. Ministro NILSON NAVES, Sexta Turma, DJe de 08/02/2010)

Importante relembrar aqui a autonomia entre os institutos da fiança e da liberdade provisória. Conforme se disse, a inafiançabilidade não é uma forma específica e indireta de vedação da liberdade provisória.

A fiança é vocacionada a ser uma caução. Ela deve prestada como garantia benéfica representativa da disposição do indiciado/acusado de cumprimento de deveres processuais e que pode ser perdida com sua inobservância. Mas o perdimento, nessa ordem de ideias, não poderia levar à prisão.

Partindo-se da premissa da desnecessidade da manutenção da prisão, a liberdade deve ser sempre restituída, porém mediante restrições maiores que a prestação de fiança. A fiança seria prestada não como substituição à prisão, mas como alternativa mais favorável às demais hipóteses de restrições à liberdade. Assim, haveria dois regimes de liberdade: com fiança ou com outras restrições de índole mais gravosas, a serem impostas pelo juiz.

Essa compreensão permite extrair o adequado significado da vedação à fiança contida no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, implicando apenas que deverão ser tomados maiores compromissos e precauções no que se refere ao preso pela prática dos crimes de tráfico. Também confere o adequado tratamento à parte final do inciso LXVI do mesmo artigo 5º, quando, expressando a devida autonomia entre os institutos, possibilita a concessão de “liberdade provisória, com ou sem fiança”. Em suma, qualquer previsão legal de inadmissão peremptória de liberdade provisória para quem não foi julgado implica em inconstitucional cumprimento antecipado da pena.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de apreciar a constitucionalidade de dispositivo de Lei que vedava, *a priori*, a concessão de liberdade provisória, tal como na Lei de Tóxicos. Tratava-se da ADI nº 3112-1/DF em que se examinava a validade do artigo 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03).

Naquela ocasião, referendando entendimento que ganhava prevaência naquela Corte Suprema, entendeu-se por declarar a inconstitucionalidade da vedação abstrata da liberdade.

Em seu voto naquela ADI, o Ministro Gilmar Mendes assentou:

A norma, como se vê, estabelece um tipo de regime de prisão preventiva obrigatória, na medida em que torna a prisão uma regra, e liberdade, a exceção.

Por isso, ela remonta ao vetusto dogma que lastreava o processo penal sob uma outra concepção de Estado de Direito: o da presunção de culpabilidade (e não de inocência), segundo a qual a liberdade era apenas ‘provisória’, e a prisão, permanente.

A Constituição de 1988 – e antes, como demonstrado, a Lei nº 6.416/77 – instituiu um novo regime no qual a liberdade é a regra, e a prisão, apenas provisória, exigindo-se a comprovação, devidamente fundamentada, de sua necessidade cautelar dentro do processo.

No entanto, a norma do art. 21 do Estatuto também parte do pressuposto de que a prisão é sempre necessária, sem se levar em consideração, na análise das razões acautelatórias, as especificidades do caso concreto. A necessidade da prisão decorrerá diretamente da imposição legal, retirando-se do juiz o poder de, em face das circunstâncias específicas do caso, avaliar a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal: necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Assim, em vista do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, o qual consagra o princípio da presunção de inocência, a proibição total de liberdade provisória prescrita pelo art. 21 do Estatuto do Desarmamento é patentemente inconstitucional.

Ademais, e por consequência, a norma do art. 21 do Estatuto inverte a regra constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI), na medida em que diretamente impõe a prisão preventiva (na verdade, estabelece uma presunção de necessidade da prisão), afastando a intermediação valorativa de seu aplicador.

Por fim, não é demais enfatizar a desproporcionalidade dessa regra geral da proibição de liberdade provisória nos crimes de posse ou porte de armas. Comparado com o homicídio doloso simples, essa desproporção fica evidente. De acordo com a legislação atual, o indivíduo que pratica o crime de homicídio doloso simples poderá responder ao processo em liberdade, não estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP; por outro lado, a prisão será obrigatória para o cidadão que simplesmente porta uma arma. Trata-se, portanto, de uma violação ao princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot).

Desse precedente, que guarda estreita correlação com o tema do artigo 44 da Lei de Tóxicos, é possível perceber a tendência atual que precede o julgamento, pelo plenário da Suprema Corte, do referido dispositivo, tendo em conta a compreensão externada na maioria dos votos dos Ministros daquele Tribunal de que toda antecipação do cumprimento da pena vai de encontro à cláusula constitucional da não-culpabilidade.

De fato, a vedação fere o princípio da proporcionalidade, pois é excessiva, impedindo qualquer possibilidade de exame acerca da compatibilidade da prisão com as

características do comportamento social do indiciado/acusado ou com as particularidades do crime.

É inaceitável, por desarrazoada e irracional, se tornar peremptória a prisão de quem não foi julgado e que pode ser absolvido.

Nesse diapasão, a norma em testilha ofende igualmente o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, tornando absolutamente prioritária a validação dos instrumentos da persecução penal, enfraquece de tal forma a dimensão humana que subjaz na relação jurídica procedimental ou processual, que acaba por coisificar o indiciado/acusado. Para a norma, o que importa é que o indigitado autor seja mantido preso, independentemente de suas características pessoais ou das circunstâncias próprias de cada fato.

Por tais aspectos, a vedação à liberdade alcança o núcleo essencial do princípio da não-culpabilidade, porquanto confere tratamento incompatível com relação a quem não foi definitivamente julgado e condenado.

Conforme explicitado, o Supremo Tribunal Federal tem apresentado certa divisão na apreciação da questão relativa à vedação legal à liberdade provisória crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei nº 11.343/06, pois, enquanto sua Primeira Turma entende que a expressa previsão, na Constituição Federal, de vedação à concessão de fiança implica, necessariamente, a vedação à concessão de liberdade provisória; a Segunda Turma entende que os institutos são autônomos e que o artigo 44 da Lei de tóxicos é inconstitucional, de modo que a manutenção da prisão em flagrante deve ser fundamentada em bases empíricas de comprovação da imprescindibilidade da medida.

No julgamento da ADI nº 3112-1/DF em que se examinava a validade do artigo 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), de conteúdo virtualmente idêntico ao ora debatido, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da vedação abstrata da liberdade provisória, em decisão que acaba por sinalizar o entendimento que deve prevalecer naquela Corte.

CONCLUSÃO

Conforme se viu, a presente monografia se dignou aos estudos sobre os institutos das prisões provisórias e da liberdade provisória com suas imbricações com o mecanismo da fiança, sempre procurando compreender os institutos à luz dos lacônicos preceitos constitucionais sobre os temas e, fundamentalmente, procurando preservar a máxima efetividade do direito fundamental de liberdade de ir e vir. Assim, chegou-se às seguintes conclusões.

Os direitos fundamentais constituem cláusulas pétreas, que expressam compromissos dos Poderes Públicos de profundo significado limitativo das ações do Estado, bem como de seus programas de promoção da liberdade, igualdade e fraternidade.

O primado da não-culpabilidade constitui um direito fundamental, insculpido dentro do Título II (artigo 5º, inciso LVII), da Constituição Federal, decorrente da constatação histórica da premente necessidade de respeito à condição primeira de liberdade dos cidadãos. Em decorrência de sua marcante significação de liberdade negativa ou de imposição de limites à ação arbitrária do Estado, situa-se entre os direitos fundamentais de primeira dimensão.

A partir da compreensão do conteúdo dos princípios examinados na presente monografia é possível perceber a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 ao vedar, de maneira absoluta, a concessão de liberdade provisória.

No âmbito jurisprudencial, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal tradicionalmente entendeu válidos os dispositivos legais que vedavam a concessão da liberdade provisória. Em julgados relativamente recentes, a Corte Suprema tem evoluído no sentido de considerar ofensivos à cláusula da presunção de inocência dispositivos legais, ou mesmo a leitura

do conjunto sistemático de normas processuais, que possibilitem a imposição antecipada do cumprimento de penas.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em posicionamento que reverbera nos julgados da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tem asseverado que a decorrência natural da inafiançabilidade dos crimes de tráfico prevista no artigo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, é a impossibilidade de concessão de liberdade provisória. Seria uma forma específica e indireta de vedação desse benefício. A outra seria aquela permitida à esfera infraconstitucional de enumerar os crimes para os quais seria prevista expressamente a inadmissão da liberdade provisória propriamente dita. Dessa forma, teria havido apenas uma mudança de base legal para a inadmissão da liberdade provisória, passando da Lei nº 8.072/90, dita genérica, para a Lei nº 11.343/03, específica para os crimes de tráfico, mas, de qualquer forma, o óbice ostentaria envergadura constitucional.

Por seu turno, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, acompanhada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tem se posicionado no sentido da inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória especificamente prevista no artigo 44 da Lei de Tóxicos, em julgados onde se invoca sempre a necessidade de se observar se há *fundamentos* concretos para a segregação cautelar, não se satisfazendo com a mera alusão à gravidade abstrata do crime.

Relembra também aquele órgão da Corte Máxima a importância de se enxergar a situação à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em conta a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal no sentido de impor limites à ação imoderada do legislador e aos excessos do Poder Público. Nesse sentido, destaca que a vedação, *a priori*, à concessão da liberdade provisória revelaria manifesta incompatibilidade com a

garantia da presunção de inocência, além do que a nova redação da Lei dos crimes Hediondos (8.112/90) não prevê mais essa vedação, de modo que, pelo princípio de que a norma posterior revoga a anterior, o artigo 44 da Lei nº 11.343/06 também teria sido derogado quanto ao tema.

No julgamento da ADI nº 3112-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 21 do Estatuto do Desarmamento, de conteúdo virtualmente idêntico àquele do artigo 44 da Lei de Drogas no que se refere à liberdade provisória, sob o principal fundamento de que a vedação ofenderia aos direitos fundamentais da presunção de inocência, da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana.

A tendência, pelo que se observa nos julgamentos recentes da Suprema Corte e pela manifestação dos seus Ministros, é que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 no concerne à vedação da liberdade provisória, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e da não-culpabilidade.

As cinco hipóteses de prisão provisória sempre expressam o estado de tensão que se estabelece entre a liberdade individual do suspeito da prática de crime e a instrumentalidade dos mecanismos de que se vale a justiça penal, no qual a regra da preservação da liberdade deve ser excluída apenas excepcionalmente e desde que em haja decisão apoiada em circunstâncias excepcionais de necessidade e urgência.

A prisão preventiva somente deve ser decretada se satisfeitas determinadas exigências legais, as quais se manifestam como *pressupostos*, *condições de admissibilidade* e *fundamentos*. Os *pressupostos* dizem da necessidade de estar provada a existência do crime e de que haja ao menos indícios de sua autoria; os *fundamentos* indicam os fatos concretos a serem

considerados pelo juiz que evidenciam o perigo social ou a temerária manutenção da liberdade do indiciado/acusado; e as *condições de admissibilidade* delimitam as espécies de crimes cuja suposta autoria permite a decretação da prisão em comento.

As prisões provisórias, qualquer momento que sejam efetuadas, desde que antes da sentença penal condenatória, guardam em comum a marca da cautelaridade, que se expressa no binômio *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Partindo-se dessa premissa geral de legitimação da prisão sem pena, é possível evoluir à constatação de que as exigências legais do cerceamento da liberdade devem estar presentes não apenas no momento de sua decretação, mas também, e necessariamente, no curso de seu cumprimento. Dessa feita, cessados os motivos que a recomendaram, devem ser revogadas, mas, tratando-se de prisão em flagrante, entra em cena o instituto da liberdade provisória.

Os institutos da inafiançabilidade, de previsão inclusive constitucional, e da vedação à concessão de liberdade provisória guardam suas áreas reservadas de autonomia. Ao contrário do que defende uma corrente doutrinária e jurisprudencial, a inafiançabilidade não é uma forma específica e indireta de vedação da liberdade provisória.

A fiança é vocacionada a ser uma caução. Ela deve prestada como garantia benéfica representativa da disposição do indiciado/acusado de cumprimento de deveres processuais e que pode ser perdida com sua inobservância. Mas o perdimento, nessa ordem de idéias, não poderia levar à prisão.

Partindo-se da premissa da desnecessidade da manutenção da prisão, a liberdade deve ser sempre restituída, porém mediante restrições maiores que a prestação de fiança. A fiança seria prestada não como substituição à prisão, mas como alternativa mais favorável às demais

hipóteses de restrições à liberdade. Assim, haveria dois regimes de liberdade: com fiança ou com outras restrições de índole mais gravosas, a serem impostas pelo juiz.

Portanto, a vedação de concessão de fiança não implica na impossibilidade de liberdade provisória, pois os institutos guardam, em harmonia, áreas reservadas de aplicação.

A ciência processual penal recebeu considerável influxo dos ventos do novo constitucionalismo ou pós-positivismo, onde se destaca a dignidade da pessoa humana como vértice de todo o sistema jurídico. Nesse sentido, é necessário ter-se sempre em conta as amplas repercussões psicológicas e sociais que a prisão causa à pessoa, de modo que a legitimidade de sua decretação reside na extrema necessidade e emergência da medida, de maneira a sempre se poder perceber seu efetivo caráter instrumental.

A vedação absoluta à concessão de liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 não resiste ao crivo da proporcionalidade, na medida em que se revela excessiva ao impor, em toda e qualquer hipótese dos crimes ali descritos, a manutenção da privação da liberdade antes do devido processo legal, o que importa a anulação do princípio da presunção de inocência. Acrescente-se que não é racional e aceitável a arbitrária prisão fundada apenas na imputação da prática de crimes enumerados em Lei, sem a necessidade de qualquer fundamentação específica.

Ademais, evela-se desnecessário o vergastado empecilho legal, porquanto a atual sistemática empregada pelo CPP permite ao juiz, mesmo que reconhecida a inconstitucionalidade e consequente invalidade do artigo em testilha, manter presa a pessoa capturada em flagrante delito, bastando, para tanto, apoiar sua decisão em algum dos *fundamentos* previstos na primeira parte do artigo 312 do referido *codex*.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Tiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ALEXY, Rober. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, nº 24, p. 334-344, out.-dez., 2005.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 80, p. 35-79, set.-out., 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraíva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade*, Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 534. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo534.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 571. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo571.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

BRASIL. Senado Federal. Projeto do Novo Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/novocpp>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL, Presidência da República Federativa do Brasil. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm>. Acesso em: 12 jun. 2010.

GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento Policial*. 11. ed. Goiânia: AB editora, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar. Acesso à Justiça e a garantia dos direitos fundamentais dos acusados, dos internos e dos egressos do sistema penitenciário brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 2067, 27 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12384>>. Acesso em: 27 fev. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Eugêni Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais: Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, nº 46, p. 126-140, ago. 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. *Revista Latina-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, nº 05, 437-461, dez. 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário, uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHEIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>>. Acesso em: 05 set. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. III. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.